

Das prozessuale Verhalten
des Angeklagten
als Strafzumessungsgrund

Freya Schleutker

1960

Das prozessuale Verhalten des Angeklagten
als Strafzumessungsgrund

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Freya Schleutker
aus Osnabrück

1 9 6 0



Referent: Professor Dr. Reinhart Maurach

Korreferent: Professor Dr. Karl Engisch

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Februar 1961



Digitized by the Internet Archive
in 2026

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Ackermann, Heinrich Die Verteidigung des schuldigen Angeklagten, NJW 1954, S.1385 .
- Zur Anrechnung der Untersuchungshaft, NJW 1950, S.367 ff.
- Allfeld, Philipp Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allg.Teil, 9.Aufl., Leipzig 1934 .
- Arndt, Adolf Das Strafmaß, SJZ 1946, S.30 ff.
- v.Bar,L. Zur Lehre von der Beleidigung mit besonderer Rücksicht auf die Presse, GS 52 (1896) S.81 ff.
- Baumann, Jürgen Poena extraordinaria, GoltD.A.1957, S.405 ff.
- Beling, Ernst Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichtes vom 1.Oktober 1900 bis 6.Oktober 1902, ZStW 24 (1904), S.253.
- Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin u.Leipzig 1928.
- Bennecke-Beling Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechtes, Breslau 1900 .
- Binding, Karl Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, I.Bd. 2.Aufl. Leipzig 1902 .
- Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allg.Teil, 7.Aufl., Leipzig 1907 (zit.: Binding, Grundriß).
- Die Wahrheitspflicht im Prozesse, DJZ 1909, S.164 .
- Birkmeyer, Karl Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.
- Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe, GS 67 (1906), S.401 ff.
- Bockelmann, Paul Zur Reform des Strafsystems, JZ 1951, S.494 ff.

- Bockelmann, Paul Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch. Materialien zur Strafrechtsreform, I.Bd.Gutachten der Strafrechtslehrer, S.29 ff.Bonn 1954.
- Bohne, G. Psychoanalyse und Strafrecht, ZStW 47 (1927) S.439 ff.
- v.Bomhard Ist der Vorsitzende berechtigt, an dem Verhalten des Angeklagten oder Zeugen moralische Kritik zu üben? Recht 1905, S.327 ff.
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz. Abraham, Bühler, Dennewitz, Herrfahrdt, Holtkotten, Jess, Kern, Laun, Meder, Menzel, Schneider, Scupin, Wernicke, Hamburg 1954 (zit.: Bonner Kommentar).
- Brandt, Arthur Mängel der Strafzumessung, JW 1925, S.2719.
- Buchwald, E. Zur Frage der richterlichen Strafzumessung, JR 1948, S.143 ff.
- Geständnis und Leugnen als Strafzumessungsgründe, NJ 1948, S.109 .
- Calker, Fritz von Die Bestimmung der Strafart nach der Gesinnung, aus welcher die Handlung entsprungen ist (§ 20 StGB). VDA III (1908) S.173 ff.
- Clausius, Zur Strafzumessung, GS 57 (1900) S.401 ff.
- Dohna, Alexander Graf zu Das Strafprozeßrecht, systematisch dargestellt, 3.Aufl., Berlin 1929.
- Dreher, Eduard Über die gerechte Strafe. Schriften der Süddeutschen Juristenzeitung, Heft 5, Heidelberg 1947(zit.: Dreher, Strafe).
- Zur Frage der Revisibilität der Strafzumessung, SJZ 1949, S.768 ff.
- Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln, ZStW 65 (1953) S.481 ff.
- Bericht über die erste Arbeitstagung der Großen Strechtskommission, ZStW 66 (1954) S.568 ff.
- Doppelverwertung von Strafbemessungsständen, JZ 1957, S.155 ff.

- Dreher-Maassen Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und den wichtigsten Nebengesetzen, 3.Aufl., München u.Berlin 1959.
- Drost, H. Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt, Berlin 1930 .
- Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform, NJW 1955, S.1255 .
- Durchholz, Betrachtungen über die Strafabmessung, Goldt.A. 35 (1887) S.261 ff.
- Engelhard,Herbert Die Vernehmung des Angeklagten und die damit zusammenhängenden Probleme. ZStW 58 (1939) S.335 ff.
- Engisch, Karl Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen? ZStW 66 (1954) S.339 ff .
- Exner, Franz Studien über die Strafzumessungspraxis der Deutschen Gerichte. Kriminalistische Abhandlungen, Heft XVI, Leipzig 1931.
- Sinnwandel in der neuesten Entwicklung der Strafe, Festschrift für Eduard Kohlrausch, Berlin 1944, S.24 ff.
- Finger, August Die richterliche Strafzumessung. Gutachten in den Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages, II.Bd.,S.37 ff., Berlin 1908.
- Fontes, Emil Die Erstattung der notwendigen Auslagen eines freigesprochenen Angeklagten durch die Staatskasse und § 467 Abs.2 StPO. Goldt.A. 1955, S.40 ff.
- Frank, Reinhard Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.Aufl., Tübingen 1931.
- Frey, Erwin Ausbau des Strafsystems, ZStW 65 (1953), S.1 ff.
- Gallas, Wilhelm Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetrussischen Rechts, Berlin u.Leipzig 1931.

- Gerland, Heinrich Der Deutsche Strafprozeß, eine systematische Darstellung, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927 (zit. Gerland StP).
- Deutsches Reichsstrafrecht, ein Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin u. Leipzig 1932.
- Glaser, Geständnis und Leugnen als Strafzumessungsgründe. NJ 1948, S. 48 f.
- Glaser, Julius Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Civil- und Strafprozeß, II. Bd. Wien 1868 .
- Handbuch des Strafprozesses, I. Bd., Leipzig 1883 (zit.: Glaser, Handb.)
- Gneist, Rudolf Vier Fragen zur Deutschen Strafprozeßordnung, Berlin 1874 .
- Graßberger, Roland Psychologie des Strafverfahrens , Wien 1950.
- Die Strafzumessung, Kriminologische Abhandlungen, Heft 7, Wien 1932 .
- Grünwald, Gerald Tatrichterliches Ermessen bei der Strafzumessung? MDR 1959, S. 713 ff. und S. 808 ff.
- Zur Ankündigung von Strafmilderung für den Fall eines Geständnisses. NJW 1960, S. 1941 ff.
- Hahn, C. Die gesammelten Materialien zur Strafprozeßordnung I. Abteilung, Berlin 1880.
- Hälschner, Hugo Das gemeine deutsche Strafrecht. II. Bd.: Der besondere Teil des Systems, 1. Abteilung, Bonn 1884 .
- Hartung, Fritz Geständnis. In: Handwörterbuch der Kriminologie, hrg. von v. Elster u. Lingemann, I. Bd., Berlin u. Leipzig 1933, S. 599 ff.
- Hauck, Das Leugnen des Angeklagten als Strafschärfungsgrund, ZStW 27 (1907) S. 926 ff.
- Haußner, Das Geständnis des Verbrechers Gross-Archiv, 13. Bd. (1903) S. 267 ff.
- Heinitz, Ernst Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951) S. 57 ff.

- Heinitz, Ernst Der Ausbau des Strafsystems,
ZStW 65 (1953) S.26 ff.
- Hellwig, Albert Entdeckung eines Mörders durch einen
Hund. Gross-Archiv 18.Bd. (1905) S.216 ff.
- Zur Psychologie der richterlichen Ur-
teilsfindung, GS 82 (1914) S.403 ff.
- Reform der Strafzumessung, Deutsches
Strafrecht 1936, S.418 ff.
- Henkel, Heinrich Strafverfahrensrecht, Stuttgart und
Köln 1953 .
- Henschel, Arthur Die Vernehmung des Beschuldigten,
GS 74 (1909) 1.Beilagehaft.
- Der Geständniszwang und das falsche Ge-
ständnis. Gross-Archiv, 56.Bd.(1914)
S.10 ff.
- v.Hippel, Robert Deutsches Strafrecht, I.Bd. Allgemeine
Grundlagen, Berlin 1925 .
- Der Deutsche Strafprozeß, Marburg 1941
zit.: v.Hippel, StP) .
- Holtzendorff, Frh.v. Vorführung und Vernehmung des Beschuldig-
ten und Verteidigung in: Handbuch des
deutschen Strafprozeßrechts I.Bd.,S.377
ff. und S.385 ff., Berlin 1879 .
- Hülle, Werner Anleitung zur Bemessung zeitiger Freiheits-
strafen. DRiZ 1951, S.4-7; 35-39 .
- Jescheck, Hans-H. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts-
hofes in Strafsachen (Bd.6 u.7 der Amt-
lichen Sammlung) Goldt.A. 1956,S.97 ff.
- Jung, Betrachtungen zur Straffrage, JR 1931,
S.16 ff.
- Kallmann, A. Leugnende Angeklagte. Goldt.A.54 (1907)
S.230 ff.
- Käb, In dem Leugnen der Straftat durch den
Angeklagten darf ein Anlaß zur Ver-
hängung einer schwereren Strafe nicht
erblickt werden.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern,
3.Jahrg. (1907) Nr.23, S.467 ff.

- v.Karman, Elmer Falsche Geständnisse, Gross-Archiv
Bd.51 (1913) S.326 ff.
- Kern, Eduard Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch,
5.Aufl., München u.Berlin 1959 .
- Kleinknecht-Müller-Reitberger,
Kommentar zur Strafprozeßordnung und
zum Gerichtsverfassungsgesetz, 4.Aufl.,
Nürnberg, Düsseldorf, Berlin 1958 .
(Zit.: KMR) .
- Koellreutter, Otto Deutsches Staatsrecht, Stuttgart und
Köln 1953 .
- Köhler, August Begünstigung und Hehlerei,
GS 61 (1902) S.44 ff.
- Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,
Leipzig 1917 .
- Kohler, Josef Ehre und Beleidigung, Goldt.A. 47(1900)
S.1 u.98 ff.
- Über die Amtsvergehungen,
Goldt.A. 54 (1907) S.16 ff.
- Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und
Nebengesetzen, 42.Aufl., Berlin 1959 .
- Kohlrausch, Eduard Im Rahmen mehrerer Aufsätze über die
Untersuchungshaft: JW 1925, S.1441 ff.
- Koffka, Else Welche Strafzumessungsregeln ergeben
sich aus dem geltenden StGB?
JR 1955, S.322 ff.
- Kriegsmann, Anrechnung der Untersuchungshaft,
VDA III, S.221 ff.
- v.Kries, August Vorverfahren und Hauptverfahren,
ZStW 9 (1889) S.1 ff. .
- Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrech-
tes, Freiburg i.B. 1892 .
- Kronecker, Zu § 193 des Strafgesetzbuches,
GS 38 (1886) S.481 ff.
- Die Reformbedürftigkeit im Strafpro-
zesse, ZStW 7 (1887) S.395 ff.

- Krumme, Elisabeth Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe oder sonstiger Unrechtsfolgen? DRiZ 1955, S.208 ff.
- Kulemann, W. Die Reform der Voruntersuchung, 2.Aufl., Berlin 1904 .
- Kurnicki, Das Leugnen als Strafschärfungsgrund, DJZ 1906, S.537 f.
- Leipziger Kommentar Reichsstrafgesetzbuch.
Herausgegeben: Nagler in Gemeinschaft mit Mezger, Parrisius, Rohde, Schaefer, Schinnerer, Ziegler, 6.Aufl., Berlin 1944 (zit.: LK) .
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch.
Herausgegeben: Jagusch, Mezger, Schaefer, Werner, 8.Aufl. I.Bd., Berlin 1957 (zit.: LK).
- Liepmann, M. Die Reue vom kriminalistischen Standpunkt. ZStW 22 (1901) S.72 ff.

Strafrechtsreform und Schulenstreit, ZStW 28 (1908) S.1 ff.

Die Psychologie der Vernehmung des Angeklagten im deutschen Strafprozeß, ZStW 44 (1924) S.650 ff.
- Lindenberg, W. Das neueste Heft der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Bd.38 Heft 2), JW 1906, S.620 ff.
- v.Liszt, Franz Strafbemessung, in Aschrott-Liszt: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches I.Bd. Allg.Teil, S.374 ff.,Berlin 1910
- v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25.Aufl., Berlin u.Leipzig 1927 .
- Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, herausgg. von Niethammer in Gemeinschaft mit Geier, Jagusch, Kohlhaas, Schäfer, Sarstedt, Tillmann, 20.Aufl. I.Bd., Berlin 1958; II.Bd., Berlin 1956 (zit.: L-R.) .
- Lohsing, Ernst Das Geständnis in Strafsachen, in: Juristisch-psychiatrische Grenzfragen, hergg. von Finger, Hoche, Bresler, III.Bd. Heft 1/3, Halle/Saale 1905 .

- Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar
München und Berlin 1960 .
- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht. Ein Lehrbuch.
Allgemeiner Teil 2.Aufl. 1958 (zit.:AT)
Besonderer Teil 3.Aufl. 1959 (zit.:BT)
- Mayer, Hellmuth Strafrecht, Allgemeiner Teil,
Stuttgart und Köln 1953.
- Mayer, Max Ernst Das Leugnen des Angeklagten als Straf-
schärfungsgrund, ZStW 27 (1907) S.921 ff.
Literaturbericht, ZStW 48 (1908) S.272.
- Mezger, Edmund Die Beschuldigtenvernehmung auf psycholo-
gischer Grundlage.
ZStW 40 (1919) S.152 ff.
Kriminologische Grundlage von Strafe
und Sicherung im Strafgesetzentwurf
von 1927. ZStW 49 (1929) S.171 ff.
Strafzumessung im Entwurf.
ZStW 51 (1931) S.855 ff.
Die Straftat als Ganzes,
ZStW 57 (1938) S.675 ff.
Deutsches Strafrecht, ein Grundriß.
3.Aufl., Berlin 1943 (zit.: Mezger,
Grundriß) .
Strafrecht, ein Lehrbuch,
3.Aufl., Berlin u.München 1949
(Zit.: Mezger, Strafrecht) .
Strafzweck und Strafzumessungsregeln.
Materialien zur Strafrechtsreform
I.Bd. Gutachten der Strafrechtslehrer
S.1 ff. Bonn 1954 (zit.: Mezger.Materia-
lien).
Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, ein
Studienbuch, 9.Aufl., München u.Berlin
1960 (zit.: Mezger, Studienbuch).
- Niederreuther, Die Wahrheitspflicht der Prozeßbeteilig-
ten im Lichte der Strafrechtsreform,
GS 109 (1937) S.64 ff.
- Oetker, Strafe und Lohn, GS 70 (1907) S.321 ff.
Deutsche strafrechtliche Gesellschaft
JW 1928, S.777 ff.

- v.Olshausen, Julius Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, bearb.von Freiesleben, Horchner, Kirchner und Niethammer, 12.Aufl. Berlin 1942.
- Peters, Karl Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen, Berlin 1932 (zit.: Peters, Strafrichter) .
- Strafumessung in: Handwörterbuch der Kriminologie, herausgg. von v.Elster und Lingemann II.Bd., Berlin und Leipzig 1936 (zit.: Peters, Strafumessung).
- Strafprozeß, ein Lehrbuch. Karlsruhe 1952 (zit.: Peters, LB).
- In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln. Gutachten zum 41.Deutschen Juristentag in Berlin 1955, herausgg.: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages Bd.I, 2.Halbband, Tübingen 1955, S. 5 ff. (zit.: Peters, Gutachten).
- Preiser, Wolfgang Das Recht zu strafen, Festschrift für Edmund Mezger, S.71 ff., München und Berlin 1954 .
- Puchelt, Sigismund Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Leipzig 1881.
- Radbruch, Gustav Grenzen der Kriminalpolizei. Festschrift für Wilhelm Sauer, S.121 ff. Berlin 1949.
- Riese, Hans Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform, NJW 1956, S.10 ff.
- Rosenberg, Richard Das altruistische Motiv im Strafrecht, ZStW 42 (1921) S.453 ff.
- Rosenfeld, Ernst-H. Die richterliche Strafumessung, VDA Bd.III (1908) S.93 ff.
- Deutsches Strafprozeßrecht, Sammlung Göschen, 2 Bde. Berlin und Leipzig 1926.
- Rüdorff, Hans Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, bearb.von v.Liszt u.Delaquis, Berlin 1910 .

- Rumpf, Max Der Strafrichter. Berlin 1912 .
- Sachs, Walter Beweiswürdigung und Strafzumessung,
entwickelt an praktischen Strafrechts-
fällen. Mannheim,Berlin,Leipzig 1932 .
- Bewertung des Leugnens und Verschweigens
von Mitbeteiligten bei der Strafzumes-
sung. SJZ 1949, S.102 ff.
- Sauer, Wilhelm Grundlagen des Strafrechts,
Berlin u.Leipzig 1921 (zit.: Sauer,
Strafrecht).
- Grundlagen des Prozeßrechts, 2.Aufl.,
Stuttgart 1929.
- Strafbemessung und Persönlichkeit,
ZStW 50 (1930) S.679 ff.
- Kriminalsoziologie, Berlin u.Leipzig
1933.
- Kriminologie als reine und angewandte
Wissenschaft, Berlin 1950 .
- Allgemeine Strafrechtslehre, 3.Aufl.,
Berlin 1955 .
- Probleme der richterlichen Strafzumes-
sung, Goltd.A.1957, S.129 ff.
- Seelig, Ernst Lehrbuch der Kriminologie, 2.Aufl.,
Nürnberg u.Düsseldorf 1951.
- Seibert, Claus Konfliktslagen für Anwalt und Vertei-
diger, JR 1951, S.678 .
- Fehler bei der Strafzumessung, MDR 1952,
S.457.
- Fehler bei Strafurteilen,
DRiZ 1955, S.32 ff.
- Siegert, Karl Zur Tragweite des § 136a StPO,
DRiZ 1953, S.98 ff.
- Sorof, Über Strafzumessung, Goltd.A. Bd.35
(1887) S.286 ff.
- Schmidt, Leugnen ein Strafschärfungsgrund?
DJZ 1906, S.875 ff.
- Schmidt-Leichner, Deutscher und anglo-amerikanischer
Strafprozeß, NJW 1951, S.7 ff.

- Schmidt, Eberhard Probleme des staatlichen Strafens in der Gegenwart, SJZ 1946, S.204 ff.
- Strafwzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch.
 Materialien zur Strafrechtsreform I.Bd. Gutachten der Strafrechtslehrer, S.9 ff. Bonn 1954 (zit.Eb.Schmidt, Materialien).
- Zur Vollendung der Neuauflage des Leipziger Kommentars, MDR 1954, S.339 ff.
- Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStW 67 (1955) S.177 ff.
- Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II: Erläuterungen zur Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung, Göttingen 1957 (zit.: Eb.Schmidt, LK) .
- Kriminalpolitische und rechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW 69 (1957) S.359 ff.
- Schönke-Scharöder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 8.Aufl., München u.Berlin 1957.
- Schröder, Horst In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln? Gutachten zum 41.Deutschen Juristentag in Berlin 1955, herausgg. Ständige Deputation des Deutschen Juristentages Bd.I, 2.Halbband, S.61 ff.,Tübingen, 1955.
- v.Schwarze,Friedrich O. Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich, 5.Aufl., Leipzig 1884 .
- Schwarz, Otto Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 22.Aufl., München u. Berlin 1959 (zit.: Schwarz, StGB) .
- Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze, 21.Aufl., München u.Berlin 1959 (zit.: Schwarz, StPO).
- Spendel, Günter Zur Lehre vom Strafmaß, Frankfurter wissenschaftliche Beiträge. Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Reihe Bd.10 Frankfurt/M. 1954.

- Stock, Ulrich Strafprozeßrecht, ein Grundriß.
Tübingen 1952.
- Ullmann, Emanuel Lehrbuch des Deutschen Strafprozeß-
rechtes, München 1893 .
- Unikower, Geständnis und Leugnen als Strafzumes-
sungsgrund, NJ 1948, S.109 .
- v.Weber, Hellmuth Grundriß des Deutschen Strafrechtes,
2.Aufl., Bonn 1948 (zit.: Weber, Grund-
riß).
- Zur Revisibilität der Strafzumessung,
MDR 1949, S.389 .
- Die Sonderstrafe.
DRiZ 1951, S.153 ff.
- Die richterliche Strafzumessung,
herausgg.: Juristische Studiengesell-
schaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 24,
Karlsruhe 1956 .
- Welzel, Hans Das Deutsche Strafrecht, eine systema-
tische Darstellung. 6.Aufl., Berlin 1958.
- Wieczorek, Bernhard Zivilprozeßordnung und Nebengesetze,
Bd.V: Gerichtsverfassungsgesetz und
Nebengesetze, Berlin 1951 .
- Wimmer, August Gestehen und Leugnen im Strafprozeß,
ZStW 50 (1935) S.148 ff.
- Die Strafzumessungstatsachen im Prozeß,
NJW 1947/48, S.126 ff. u.176 ff.
- Gerechtigkeit und Humanität im Straf-
recht, JR 1947, S.97 ff.
- Schutzbefürfnis - Schutzwürdigkeit -
Strafwürdigkeit, DRiZ 1948, S.116 ff.
- Strafgrenzen und Revisibilität,
JJZ 1948, S.64 ff.
- Die rechtlichen Einschränkungen der
Strafermessensfreiheit.
DReZ 1950, S.268 ff.
- Würtenberger, Thomas Die Anrechnung der Untersuchungshaft,
JZ 1952, S.545 ff.
- Wulffen, Erich Kriminalpsychologie, Berlin 1926 .

Abkürzungsverzeichnis

BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
DJ	= Zeitschrift "Deutsche Justiz"
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DReZ	= Deutsche Rechtszeitschrift
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DtStrafR	= Zeitschrift "Deutsches Strafrecht"
Goldt.A.	= Goldtdammers Archiv für Strafrecht, Archiv für Strafrecht und Strafprozeß
Gross Arch.	= Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik, herausgg.von Dr.H.Gross
GS	= Zeitschrift "Der Gerichtssaal"
HESt	= Sammlung "Höchstrichterliche Entschei- dungen in Strafsachen"
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NJ	= Zeitschrift "Neue Justiz"
OGHBZ	= Sammlung der Entscheidungen des Ober- sten Gerichtshofes der Britischen Zone in Strafsachen
Recht	= Zeitschrift "Das Recht"
RG	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen

- RMG = Entscheidungssammlung des Reichsmilitär-
gerichtes
- SJZ = Süddeutsche Juristenzeitung
- VDA = Vergleichende Darstellung des deutschen
und ausländischen Strafrechts
- ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-
wissenschaft.

- - - - -

Inhaltsverzeichnis

Seite:

I. Teil

A. Bestimmung und Abgrenzung der prozessualen Verhaltensweisen des Angeklagten.	1
I. Prozessuales Verhalten im weiteren Sinne	1
II. Abgrenzung des prozessualen Verhaltens nach der Person und dem Verfahren	1
III. Abgrenzung des prozessualen Verhaltens nach dem Verfahren im besonderen	1
IV. Abgrenzung nach dem Inhalt des prozessualen Verhaltens. Prozessuales Verhalten im engeren Sinne	3
B. Strafzumessung im allgemeinen	4
I. Begriff und Voraussetzungen der Strafzumessung	4
1. Gesetzliche Strafzumessung	4
2. Richterliche Strafzumessung	5
3. Voraussetzungen der richterlichen Strafzumessung	6
a) Keine absoluten Strafen	6
b) Keine unbestimmten Strafen	6
4. Entscheidungen des Richters bei der Strafzumessung	7
a) über die Strafraumenfrage	7
b) über die Strafartenfrage	7
c) über die Strafbemessungsfrage	7
d) über die Strafumwandlungsfrage	8
e) über die Nebenstrafenfrage	8
II. Das richterliche Ermessen bei der Strafzumessung	8
1. Strafzumessung als Ermessensentscheidung des Richters	8

2. Beschränkungen des richterlichen Ermessens	9
a) durch die gesetzlichen Strafraumen	9
b) durch die Strafzwecke	9
3. Folgen für die Strafzumessung	10
a) Übereinstimmung der Strafzumessung mit den Strafzwecken	10
b) Strafzumessung als materielles Recht	10
C. Wesen und Aufgaben der Strafe	12
I. Wesen der Strafe	12
1. im tatsächlichen Sinne	12
2. im rechtlichen Sinne	12
II. Rechtfertigung staatlichen Strafens im allgemeinen	12
III. Rechtfertigung der Strafe im Einzelfall	14
1. Theorienstreit	14
a) Absolute Theorien	14
b) Relative Theorien	15
aa) Generalprävention	16
bb) Spezialprävention	16
a' Abschreckung	17
b' Erziehung	17
c' Sicherung	17
c) Vereinigungstheorien	18
2. Darstellung der h.M.	18
a) in der Literatur	18
b) in der Rechtsprechung	19
aa) Reichsgericht	19
bb) Obergerichte in der Nachkriegszeit	20
cc) Bundesgerichtshof	20
3. Der "Sühne"-zweck der Strafe	21
4. Der Schuldbegriff im Vergeltungsstrafrecht	23

a) Tat und Schuld als Entstehungsgründe der Strafe	23
b) Begriff der strafrechtlichen Schuld	24
aa) Voraussetzungen	24
bb) Schuld als Vorwerfbarkeit	24
cc) Umfang des Schuldvorwurfes	25
c) Folgen der Einzeltatschuld	26
aa) Bestimmung des Schuldmaßes im Zeitpunkt der Tat	26
bb) Keine Gesinnungs- und Charakterstrafen	27
d) Schuld als Bemessungsfaktor der Strafe	27
5. Verhältnis der Strafzwecke zueinander	28
a) Spielraumtheorie	28
aa) Die herrschende Meinung	28
bb) Stellungnahme	30
b) Berücksichtigung von General- und Spezialprävention im Vergeltungsstrafrecht	32
aa) Die herrschende Meinung	32
bb) Ablehnung der Auffassung von Dreher	32
c) Verhältnis von Schuldstrafe und Generalprävention im einzelnen	33
aa) Rechtsprechung des RG	33
bb) Kritik an der Generalprävention als Strafzweck	33
cc) Rechtsprechung der Obergerichte nach 1945 und des BGH	34
d) Verhältnis von Schuldstrafe und Spezialprävention im einzelnen	35
e) Strafempfindlichkeit und Verfolgung spezialpräventiver Zwecke	36

II. T e i l

Das prozessuale Verhalten des Angeklagten als
Strafzumessungsgrund im allgemeinen.

A. Strafzumessungsgründe im Vergeltungsstrafrecht	38
I. Ausgangspunkte für die Strafzumessung	38
1. die Straftat	38
2. der Straftäter	39
3. Strafzumessungsgründe im Vergeltungsstrafrecht	39
II. Zusammensetzung der Strafzumessungsgründe	40
1. Strafzumessungstatsachen	40
2. Strafzumessungserwägungen	40
3. Feststellung und Auswertung der Strafzumessungs- tatsachen durch das Gericht	40
B. Das Verhalten nach der Tat, insbesondere das prozes- suale Verhalten des Angeklagten, als Strafzumessungs- grund im allgemeinen	41
I. Berücksichtigung von Verhaltensweisen des Straf- tätters nach der Tat im Gesetz	41
II. Berücksichtigung von Verhaltensweisen des Straf- tätters nach der Tat bei der Strafzumessung	42
1. Abhängigkeit von der Berücksichtigung der mit der Strafe zu verfolgenden Zwecke	42
a) Berücksichtigung im "reinen" Vergeltungs- strafrecht	42
b) Berücksichtigung bei der Generalprävention als Strafzweck	42
c) Berücksichtigung bei der Spezialprävention als Strafzweck	43
2. Berücksichtigung von Verhaltensweisen des Straftäters nach der Tat, insbesondere das prozessuale Verhalten des Angeklagten, im geltenden Recht	43

a) Keine Verwertung des Verhaltens als Verfahrenstatsache bei der Strafzumessung	43
b) Verwertung als Schuldindiz bei der Strafzumessung	44
III. Ausnahmen von der Verwertbarkeit prozessualer Verhaltensweisen des Angeklagten als Schuldindiz	46
1. Auf Grund der Stellung des Angeklagten im Strafprozeß bei der Strafzumessung unverwertbare prozessuale Verhaltensweisen	46
2. Auf Grund des Verbotes der Doppelbewertung von Strafzumessungstatsachen bei der Strafzumessung unverwertbare Verhaltensweisen	49
a) Das Verbot der Doppelbewertung von Strafzumessungstatsachen	49
b) Ableitung des Verbotes der Doppelbewertung von Strafzumessungstatsachen aus dem erweiterten Grundsatz "ne bis in idem"	51
c) Folgerungen für das prozessuale Verhalten des Angeklagten als Strafzumessungsgrund	53
IV. Schwierigkeiten bei der Bewertung des prozessualen Verhaltens des Angeklagten als Schuldindiz	54
1. Schwierigkeiten für die allgemeine Persönlichkeitswertung durch die Situation der Hauptverhandlung	54
2. Voraussetzungen bei der Bewertung des Prozeßverhaltens als Schuldindiz	55
a) Feststellung des Motives für das Prozeßverhalten im allgemeinen	55
b) Feststellung der Eignung eines Motives für den Rückschluß auf die Tatschuld	55
3. Feststellung der Motive für ein Prozeßverhalten im einzelnen	56
a) Arten der Motive	56
aa) Egozentrische Motive	56
bb) Altruistische Motive	57
cc) Auf die Verwirklichung unpersönlicher Werte gerichtete Motive	57
b) Abgrenzung des Motives von der Motivation und dem Modus einer Prozeßhandlung	57

aa) Definitionen	57
bb) Modus und Motivation als Erkenntnis- mittel des Motives	58
4. Eignung eines Motives für den Rückschluß auf die Tatschuld	60
a) Auffassung von Wimmer	60
b) Stellungnahme	61
V. Der persönliche Eindruck des Richters vom Angeklagten in der Hauptverhandlung	61
1. Abgrenzung von den typischen Verhaltensweisen des Angeklagten	61
2. Bewertung bei der Strafzumessung	62

III. Teil

Typische prozessuale Verhaltensweisen des Angeklagten
als Strafzumessungsgrund.

§ 1 Das Schweigen des Angeklagten	64
A. Vorbemerkung	64
I. Arten der Aussageverweigerung	64
1. zur Person oder zur Sache	64
2. zur Anklage im ganzen oder zu einzelnen Punkten	64
II. Gefahren der Aussageverweigerung für den Angeklagten	65
III. Motive des Schweigens	66
B. Verweigerung der Aussage zur Sache	67
I. Gesetzliche Regelung	67
1. Vorschriften der §§ 136 Abs.1 Satz 2, 243 Abs.3 StPO	67
2. Keine gesetzlichen Zwangsmittel zur Herbei- führung einer Aussage	67

	Seite:
3. Bestrafung der zwangsweisen Herbeiführung einer Aussage	67
II. Das Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten zur Sache	68
1. Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten als Folge seiner allgemeinen Stellung im Strafprozeß	69
2. Umfang des Aussageverweigerungsrechtes des Angeklagten	71
3. Folgen der Aussageverweigerung	71
a) Materiellrechtliche Folgen	71
b) Verfahrensrechtliche Folgen	71
III. Wertung des Schweigens durch den Richter	72
1. Wertung für die Tatfrage	72
2. Wertung für die Straffrage	73
a) Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung	73
b) Stellungnahme	74
C. Verweigerung der Aussage zur Person	75
I. Gesetzliche Regelung	75
1. Vorschriften der §§ 136 Abs.3, 243 Abs.2 StPO	75
2. Keine gesetzlichen Zwangsmittel zur Herbeiführung einer Aussage zur Person	76
II. Das Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten zur Person	76
1. Ableitung des Aussageverweigerungsrechtes	76
a) aus der Vorschrift des § 136 Abs.3 StPO	76
b) aus dem Fehlen gesetzlicher Zwangsmittel zur Herbeiführung einer Aussage zur Person	76
c) aus dem Aussageverweigerungsrecht zur Sache	77
d) Ergebnis und herrschende Meinung	77
2. Vereinbarkeit des Aussageverweigerungsrechtes zur Person mit den Vorschriften des § 360 Nr.8 StGB und des § 1 Personalausweisgesetz	77

a) Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf den Angeklagten	78
aa) Problem der "Zuständigkeit" in § 360 Nr.8 StGB	78
bb) Problem der "ermächtigten Behörde" in § 1 Personalausweisgesetz	80
III. Wertung des Schweigens über die Personalien durch den Richter	81
D. Das qualifizierte Schweigen	82
I. Definition	82
II. Fälle des qualifizierten Schweigens	82
III. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur	82
IV. Stellungnahme	84
§ 2 Das Geständnis und die Selbstanzeige des Angeklagten	84
A. Definitionen	84
I. Das Geständnis	84
1. Geständnis im weiteren Sinne	84
2. Geständnis im engeren Sinne	85
3. Arten des Geständnisses im engeren Sinne	86
a) Gerichtliche und außergerichtliche Geständnisse	86
b) Erzwungene und freie Geständnisse	86
c) "Nackte" und "umständliche" Ge- ständnisse	86
d) Vollständige und unvollständige Geständnisse	86
e) Reine und qualifizierte Geständnisse	87
II. Die Selbstanzeige	87
1. Selbstanzeige als besondere Art des Geständnisses	87
a) Inhaltliche Übereinstimmung mit dem Geständnis im engeren Sinne	87

b) Unterscheidung vom Geständnis im engeren Sinne durch den Stand der staatlichen Ermittlungstätigkeit	87
c) Selbstanzeige als außergerichtliches Geständnis im engeren Sinne	88
2. Gleiche Behandlung von Selbstanzeige und Geständnis bei der Strafzumessung	88
B. Das Geständnis im Strafverfahren	88
I. Bedeutung des Geständnisses für den Strafprozeß	88
1. Das Geständnis als Beweismittel	88
2. Die Glaubwürdigkeit des Geständnisses	89
a) Die besondere Beweiskraft des Geständnisses	89
b) Die "suggestive" Wirkung des Geständnisses auf den Richter	90
c) Falsche Geständnisse	90
aa) Unbewußt falsche Geständnisse	90
bb) Bewußt falsche Geständnisse	91
d) Ergebnis für die Glaubwürdigkeit des Geständnisses	91
II. Bedeutung des Geständnisses für die Verurteilung	91
1. keine Voraussetzung für die Verurteilung	91
2. keine "konstitutive" Bedeutung für die Verurteilung	92
3. deklaratorische und suppletorische Bedeutung des Geständnisses	92
III. Bedeutung des Aussageverweigerungsrechtes des Angeklagten für Geständnis und Selbstanzeige	92
1. Keine Rechtspflicht zur Ablegung eines Geständnisses	92
a) Herrschende Meinung und abweichende Auffassungen	93
b) Unvereinbarkeit von Aussageverweigerungsrecht und Geständnispflicht	93

	Seite:
c) Keine Zwangsmittel zur Herbeiführung eines Geständnisses	93
d) Bestrafung der zwangsweisen Herbeiführung eines Geständnisses	94
e) Keine Ableitung einer Geständnispflicht aus § 58 Abs.2 StPO	95
2. Keine Rechtspflicht zur Selbstanzeige	95
a) Unvereinbarkeit einer Rechtspflicht zur Selbstanzeige mit dem Grundsatz "nemo tenetur se accusare"	95
b) Unvereinbarkeit einer Rechtspflicht zur Selbstanzeige mit dem Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten	96
3. Zusammenfassung und Ergebnis	96
C. Geständnis und Selbstanzeige bei der Strafzumessung	96
I. Verwertbarkeit bei der Strafzumessung	96
1. Geständnisverweigerung und unterlassene Selbstanzeige	96
2. Geständnis und Selbstanzeige	97
II. Berücksichtigung von Geständnis und Selbstanzeige bei der Strafzumessung durch die h.M.	97
1. Keine Berücksichtigung als Verfahrenstatsache	97
a) Die herrschende Meinung	97
b) Abweichende Auffassungen	98
2. Berücksichtigung als Schuldindiz	99
3. Schwierigkeiten bei der Berücksichtigung als Schuldindiz	99
a) Geständnis und Selbstanzeige als "schwankendes" Indiz	99
b) Motive des Geständnisses	100
4. Verwertung als Schuldindiz unter Berücksichtigung der Motivgruppen	103
III. Stellungnahme	104

1. Voraussetzungen für die Verwertbarkeit von Geständnis und Selbstanzeige bei der Strafzumessung	104
a) Wahrheit von Geständnis und Selbstanzeige	105
b) Ausdrückliche und bewußte Geständnisablegung	105
c) Freiwilligkeit von Geständnis und Selbstanzeige	105
2. Verwertung von Geständnis und Selbstanzeige als Schuldindiz bei der Strafzumessung	106
a) Geständnis und Selbstanzeige als Schuldindiz	106
aa) Abhängigkeit von den Motiven	106
bb) Abhängigkeit von zum Rückschluß auf die Tatschuld geeigneten Motiven	106
3. Geständnis und Selbstanzeige aus Reue	107
a) Reue als "schwankendes" Indiz	107
aa) Reue als Anzeichen nicht geminderter Tatschuld	107
bb) Reue als Anzeichen geminderter Tatschuld	108
b) Reue als freiwillige Erfüllung von Strafzwecken	108
4. Geständnis und Selbstanzeige als Indiz hoher Tatschuld	109
5. Zusammenfassung	109
§ 3 Das Leugnen des Angeklagten	110
A. Definition	110
I. Leugnen als Bestreiten	110
1. Objektive Möglichkeiten des Bestreitens	110
a) Bestreiten des objektiven Tatbestandes	110
b) Bestreiten des subjektiven Tatbestandes	110

c) Behaupten von Rechtfertigungs-, Schuld- und Strafausschließungsgründen	110
d) Bestreiten von Rechtsauffassungen	111
2. Subjektive Möglichkeiten des Bestreitens	111
II. Leugnen	111
1. Voraussetzungen des Leugnens	111
2. Folgen aus dem Begriff des Leugnens für die Tatschuld	112
B. Berücksichtigung des Leugnens bei der Straf- zumessung durch die herrschende Meinung	112
I. Nicht zu berücksichtigende Gesichtspunkte	112
1. Prozeßökonomische Gründe	112
2. Verletzung des Autoritätsanspruches des Gerichtes	113
II. Berücksichtigung des Leugnens als Verfahrens- tatsache	113
1. Keine Berücksichtigung nach der h.M.	113
a) ohne Rücksicht auf die Art des Leugnens	114
b) ohne Rücksicht auf die Auswirkungen des Leugnens für Zeugenvernehmungen	114
2. Abweichende Auffassung	114
3. Begründung der herrschenden Meinung	115
a) Stellung des Angeklagten im Prozeß	115
b) Keine gesetzliche Wahrheitspflicht und keine gesetzlichen Zwangsmittel zur Herbeiführung einer wahrheitsge- mäßigen Aussage	115
c) Kein Zusammenhang mit der abzuurteilenden Straftat	117
4. Grenzen der Straffreiheit des Leugnens	117
III. Berücksichtigung des Leugnens als Schuld- indiz	118
1. Ablehnende Auffassungen	118
a) Leugnen als "Recht" des Angeklagten	118
b) Verkenning der Möglichkeit eines Rück- schlusses auf die Tatschuld	119

	Seite:
2. Berücksichtigung des Leugnens als Schuldindiz durch die herrschende Meinung	119
a) Reichsgericht	119
b) BGH und Untergerichte	120
c) Literatur	121
3. Keine schematische Verwertung des Leugnens als Schuldindiz	122
4. Verwertung des Leugnens als Schuldindiz unter Berücksichtigung der Motive des Leugnens	123
a) als Schuldindiz ungeeignete Motive	123
b) als Schuldindiz geeignete Motive	125
c) Einsichtslosigkeit als Motiv des Leugnens im einzelnen	125
aa) Einsichtslosigkeit bei Fahrlässigkeitsdelikten	126
bb) Einsichtslosigkeit bei Berufung auf Rechtfertigungsgründe	127
C. Stellungnahme	127
I. Stellung des Gesetzgebers zum Leugnen	127
1. Unterschiedliche Behandlung zu anderen prozessualen Verhaltensweisen des Angeklagten	127
2. Folgen aus dem Schweigen des Gesetzes	128
a) Verfahrensrechtliche Folgen	128
b) Materiellrechtliche Folgen	128
3. Leugnen kein "Recht" des Angeklagten	128
a) Für ein Recht zu leugnen sprechende Gesichtspunkte	128
aa) Nichtbestrafung des Leugnens	128
bb) Grundsatz "nemo tenetur se accusare"	129
b) Gegen ein Recht zu leugnen sprechende Gesichtspunkte	129
aa) Äußerung in den Motiven	129
bb) Unterschied zum Aussageverweigerungsrecht	129
cc) Unvereinbarkeit mit den Aufgaben und Pflichten eines Rechtsstaates	130

4. Wahrheitspflicht des Angeklagten	130
a) Wahrheitspflicht als "lex imperfecta"	131
b) Gründe für den Verzicht auf Durchsetzung des Wahrheitsanspruches	131
aa) Untauglichkeit der Zwangsmittel	131
bb) Überspannte Anforderungen an den Angeklagten	131
cc) Gefährdung der Stellung des Angeklagten im Strafprozeß	131
5. Ergebnis	131
II. Folgen aus der Stellung des Gesetzgebers zum Leugnen für die Grenzen des Leugnens	132
1. Grenzen des Leugnens	132
2. Überschreitung der Grenzen des Leugnens im Rahmen der Verteidigung	133
a) keine Notwehr	133
b) kein Notstand	133
c) kein übergesetzlicher Notstand	133
d) keine Pflichtenkollision	134
e) keine Selbstbegünstigung i.S.d.Gesetzes	134
f) keine Wahrnehmung berechtigter Interessen	135
aa) Beispiel	135
bb) Frage der Anwendbarkeit des § 193 StGB auf § 187 StGB	136
cc) Rechtsprechung des Reichsgerichts	137
dd) Auffassung von Schwarz	139
ee) Stellungnahme	139
III. Berücksichtigung des Leugnens bei der Strafzumessung	141
1. Leugnen als verwertbare Strafzumessungstatsache	141
a) Das Leugnen innerhalb seiner Grenzen	141
b) Das Leugnen bei Überschreitung seiner Grenzen	142
2. Keine Berücksichtigung des Leugnens als Verfahrenstatsache bei der Strafzumessung	142
a) Wille des Gesetzgebers	142
b) Kein Zusammenhang mit der Straftat	142

3. Berücksichtigung des Leugnens als Schuldindiz	143
a) Feststellung der Motive	143
b) Als Schuldindiz ungeeignete Motive	143
c) Als Schuldindiz geeignete Motive	144
aa) Einsichtslosigkeit	145
bb) Mangel an Reue	147
cc) Gefährlichkeit des Täters und Gefahr künftiger Rechtsbrüche	147
4. Zusammenfassung	148

§ 4 Die Flucht des Angeklagten

A. Flucht als Beweismittel	149
I. Flucht als Indiz für die Täterschaft	149
II. Motive der Flucht	149
B. Gesetzliche Regelung	150
I. Vorschriften über Vorführung und Haftbefehl	150
II. Erscheinspflicht des Angeklagten	150
1. Streitige Auffassungen	150
2. Auffassung des Gesetzgebers	151
3. Stellungnahme	151
III. Selbstbegünstigung	152
C. Berücksichtigung bei der Strafzumessung	152
I. Vertretene Auffassungen	152
1. Auffassung von Nagler und Kallmann	153
2. Auffassung von Jagusch	153
3. Auffassung von Maurach	153
II. Stellungnahme	153
1. Stellungnahme zu den oben angeführten Meinungen	153
2. Flucht als unverwertbare Strafzumessungstatsache	154
a) Flucht als Recht des Angeklagten	154

b) Gründe für die Unverwertbarkeit bei der Strafzumessung	155
aa) Recht des Angeklagten	155
bb) Straffreiheit von Flucht und Nichterscheinen	156
§ 5 Das ungebührliche Verhalten des Angeklagten vor Gericht	
A. Allgemeines	156
I. Definition der "Ungebühr"	156
II. Beispiele für Ungebühr vor Gericht	157
B. Gesetzliche Regelung	157
I. Vorschriften der §§ 176 ff. GVG	157
II. Vorschrift des § 178 GVG im einzelnen	158
1. Voraussetzungen des § 178 GVG	158
2. Folgen der Ungebühr	159
C. Berücksichtigung bei der Strafzumessung durch Rechtsprechung und Literatur	159
I. Ungebühr als Verfahrenstatsache	159
II. Ungebühr als Schuldindiz	159
1. Keine Verwertung als Schuldindiz	159
2. Verwertung als Schuldindiz	160
D. Stellungnahme	160
I. Stellungnahme zu den oben angeführten Auffassungen	160
II. Ungebührliches Verhalten des Angeklagten im Prozeß als unverwertbare Strafzumessungstatsache	161
1. Keine Unverwertbarkeit auf Grund der Stellung des Angeklagten im Prozeß	161
2. Unverwertbarkeit auf Grund des Verbotes der Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen	162
a) Das einen Tatbestand des Strafgesetzbuches erfüllende ungebührliche Verhalten	162

b) Das keinen Tatbestand des Strafgesetzbuches erfüllende ungebührliche Verhalten	162
---	-----

§ 6 Die Rechtsmittel einlegung durch den Angeklagten

A. Allgemeines	163
I. Rechtsmittel einlegung als prozessuales Verhalten des Angeklagten	163
II. Umfang der Berücksichtigung bei der Strafzumessung durch die Lehre	163
B. Gesetzliche Regelung	164
I. Die einzelnen Rechtsmittel	164
II. Rechtsmittelberechtigte	164
C. Berücksichtigung bei der Strafzumessung	164
I. Rechtsprechung des BayObLG und des KG	164
1. BayObLG	164
2. KG	165
II. Auffassungen von Nagler und Peters	165
III. Stellungnahme	166
1. Stellungnahme zu den oben angeführten Meinungen und Entscheidungen	166
2. Rechtsmittel einlegung als unverwertbare Strafzumessungstatsache	166

I. T e i l

A. Bestimmung und Abgrenzung der prozessualen Verhaltensweisen des Angeklagten.

I. Prozessuales Verhalten im weiteren Sinne.

"Prozessuales Verhalten" i.w.S. betrifft das Verhalten einer Person in einem Prozeß. Prozessuales Verhalten ist danach sowohl in einem Zivil- wie einem Strafprozeß möglich.

Es beschränkt sich weiter nicht auf bestimmte Personen, die an dem Prozeß beteiligt sind. "Prozessual" verhalten können sich Kläger und Beklagter im Zivilprozeß, der Angeklagte im Strafprozeß und die in beiden Prozessen auftretenden Zeugen und Sachverständigen.

II. Abgrenzung nach der Person und dem Verfahren.

Hier soll das prozessuale Verhalten des Angeklagten untersucht werden. Daraus folgt, daß es sich um ein prozessuales Verhalten in einem Strafprozeß handelt, da der Zivilprozeß keinen "Angeklagten" kennt, und daß nur das Verhalten einer bestimmten Person, des Angeklagten, Gegenstand der Untersuchung ist.

Dabei ist die Bezeichnung "Angeklagter" nicht in dem engen Sinne des Gesetzes (§ 157 StPO) zu verstehen, das diese Bezeichnung nur auf den Beschuldigten oder Angeschuldigten anwendet, gegen den das Hauptverfahren bereits eröffnet ist, sondern als Bezeichnung für denjenigen, gegen den sich das Strafverfahren richtet, also gegen den Täter einer Straftat oder den einer Straftat Verdächtigen.

III. Abgrenzung nach dem Verfahren im besonderen.

Das prozessuale Verhalten des Angeklagten umfaßt daher nicht nur sein Verhalten im Hauptverfahren, insbesondere

in der Hauptverhandlung, sondern während des ganzen Strafverfahrens.

Dabei darf jedoch nicht verkannt werden, daß das Verhalten in der Hauptverhandlung von besonderer Bedeutung ist. Wenn das Verhalten des Angeklagten auf das Urteil und insbesondere das Strafmaß einen Einfluß hat, kann der Angeklagte diesen Einfluß in keinem Stadium des Strafverfahrens unmittelbar ausüben als in der Hauptverhandlung, da er hier seinen Richtern - meistens zum ersten Male - persönlich gegenüber tritt.

Auch für den Richter hat das Verhalten in der Hauptverhandlung ein besonderes Gewicht, da er hier den Angeklagten unmittelbar erlebt, während er sich über sein Verhalten in anderen Verfahrensstadien nur soweit unterrichten kann, wie dieses in die Akten aufgenommen wurde.

Wenn aber das prozessuale Verhalten des Angeklagten grundsätzlich sein Verhalten während des ganzen Strafverfahrens umfaßt, kann es frühestens mit der Aufdeckung der Täterschaft einer von den Strafverfolgungsbehörden noch nicht entdeckten Straftat durch den Täter, also einer Selbstanzeige, beginnen, da das Strafverfahren mit dem Beginn der staatlichen Ermittlungen über die Tat und den Täter einsetzt.

Es endet mit der Rechtskraft des Urteils, da hierdurch das Verfahren oder der Prozeß abgeschlossen ist.

Man kann als mögliche Verhaltensstadien eines Straftäters unterscheiden¹⁾:

das Verhalten vor, während und nach der Tat;

das Verhalten vor und nach Aufdeckung der Tat.

Das prozessuale Verhalten des Angeklagten gehört zum Verhalten nach der (tatsächlich oder mutmaßlich) begangenen Tat.

1) Jung, JR 1931 S.19 .

Es gehört weiter zum Verhalten nach der Aufdeckung der (tatsächlich oder mutmaßlich) begangenen Tat - mit Ausnahme der Selbstanzeige, die in der Aufdeckung der Straftat bestehen kann und somit auf der Grenze zwischen dem Verhalten vor und nach Aufdeckung der Tat steht.

IV. Abgrenzung nach dem Inhalt des prozessualen Verhaltens. Prozessuales Verhalten im engeren Sinne.

Wenn man das prozessuale Verhalten des Angeklagten nur dadurch begrenzt, ob es in den Zeitraum des Strafverfahrens fällt oder nicht, so ist damit noch keine brauchbare Abgrenzung gegeben, da in diesem Zeitraum alle vorstellbaren menschlichen Verhaltensweisen möglich und denkbar sind.

Es ist also eine weitere, inhaltliche Beschränkung notwendig.

Diese soll so vorgenommen werden, daß alle Verhaltensweisen des Angeklagten, die mit dem Strafverfahren nicht in so enger Beziehung stehen, daß sie auch außerhalb des Strafprozesses denkbar und sinnvoll sind, außer Betracht bleiben, auch wenn sie zeitlich oft in den Rahmen des Strafverfahrens fallen.

Ein solches nicht prozessuales Verhalten i.e.S. ist z.B. die Wiedergutmachung des angerichteten Schadens durch den Täter. Zeitlich erfolgt sie häufig während des Strafverfahrens nach der Ermittlung des Täters, da sie vorher einem Eingeständnis der Tat gleichkommen würde. Sie ist aber auch als sog. "anonyme" Wiedergutmachung ohne Strafverfahren möglich.

Ähnlich verhält es sich mit dem Bemühen des Täters um die Verzeihung des Verletzten oder der Angehörigen seines Opfers.

Prozessuale Verhaltensweisen des Angeklagten i.e.S. sind also nur diejenigen, die mit dem Strafverfahren in so

enger Beziehung stehen, daß sie geeignet sind, auf den Ablauf des Prozesses selbst einzuwirken.

Der Angeklagte kann z.B. durch Selbstanzeige den Prozeß in Gang bringen; er kann seine Durchführung durch ein Geständnis erleichtern und beschleunigen. Andererseits kann er die Durchführung des Strafverfahrens verzögern durch Aussageverweigerung, Leugnen und Rechtsmittel einlegung oder sogar unmöglich machen, indem er nicht vor Gericht erscheint und flieht. Er kann den Prozeß weiter durch ungebührliches Verhalten vor Gericht stören.

Alle diese Verhaltensweisen gehören damit zum prozessualen Verhalten i.e.S. Sie machen zwar nicht das gesamte prozessuale Verhalten i.e.S. aus, doch handelt es sich bei ihnen um typische Verhaltensweisen, die auf ihre Bedeutung bei der Strafzumessung untersucht werden können.

B. Strafzumessung im allgemeinen.

I. Begriff und Voraussetzungen der Strafzumessung.

Der Begriff der "Strafzumessung" ist nicht eindeutig. Man unterscheidet zwischen gesetzlicher und richterlicher Strafzumessung¹⁾.

1. Unter gesetzlicher Strafzumessung versteht man die gesetzliche Festlegung bestimmter Strafen oder Strafraumen für den Fall der Erfüllung eines bestimmten gesetzlichen Straftatbestandes durch einen Täter, der der Strafgewalt eines Staates unterworfen ist.

Die gesetzliche Strafzumessung findet damit ihren Niederschlag in einer für alle geltenden Norm, worauf besonders die Einleitung mit dem Worte "wer" am Anfang eines jeden Straftatbestandes im geltenden Strafrecht hinweist.

1) Hellwig, Dt.StrafR.1936, S.418 .

Sie besteht darin, daß sie für die Erfüllung eines bestimmten Straftatbestandes eine oder mehrere bestimmte Strafen oder Strafraumen festlegt. Wenn z.B. im Strafgesetzbuch bestimmt ist, daß einfacher Diebstahl mit Gefängnis bestraft wird, so liegt darin eine gesetzliche Strafzumessung, die ausschließt, daß einfacher Diebstahl mit Zuchthaus oder - außer unter den Voraussetzungen des § 27b StGB - mit Geldstrafe bestraft werden darf.

2. Unter richterlicher Strafzumessung versteht man dagegen die Festsetzung einer bestimmten Strafe für einen bestimmten Täter durch den Richter.

Die richterliche Strafzumessung findet ihren Niederschlag im Urteilsspruch. Ihr Ergebnis ist nicht die Bestimmung einer für alle geltenden Norm, sondern die Bestimmung der Strafe im Einzelfall, z.B. die Verurteilung des Täters X zu 2 Monaten Gefängnis.

Die Regeln, die der Richter bei der Bemessung der Einzelstrafe befolgen muß, können jedoch gesetzlich festgelegt sein, wie es die Entwürfe von 1909 (§ 81), 1913 (§ 110), 1927 (§ 69) vorsahen und wie auch im Rahmen der jetzigen Strafrechtsreform erörtert wurde¹⁾.

Es handelt sich hierbei jedoch weder um gesetzliche noch um richterliche Strafzumessung, sondern um die Aufstellung gesetzlicher Strafzumessungsregeln.

Es wird weder an die Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes als rechtliche Folge eine Strafe oder ein Strafraum geknüpft, noch eine bestimmte Strafe für den Einzelfall festgesetzt.

Diese gesetzlichen Strafzumessungsregeln entbinden den Richter damit auch nicht von der Bestimmung einer Strafe für den Einzelfall, sondern geben ihm nur Richtlinien

1) Mezger u. Eb. Schmidt in Materialien zur Strafrechtsreform Bd. I, S. 1 ff. u. S. 9 ff.

hierfür.

3. Das prozessuale Verhalten des Angeklagten kann deshalb nur für die richterliche Strafzumessung von Bedeutung sein, da es nicht an die Erfüllung eines bestimmten Straftatbestandes anknüpft, sondern vielmehr im Zusammenhang mit jeder beliebigen Straftat stehen kann. Damit es aber überhaupt zu einer richterlichen Strafzumessung in dem obigen Sinne kommen kann, müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein:

- a) Das Strafgesetzbuch darf keine absoluten Strafen androhen.

Enthält ein Strafgesetzbuch absolute Strafen, wie das geltende StGB in den §§ 211, 220a Nr.1, so ist für richterliche Strafzumessung kein Raum mehr. Im Falle des § 211 StGB ist mit der Feststellung, daß der Angeklagte einen Mord im Sinne dieser Vorschrift begangen hat, die Tätigkeit des Richters abgeschlossen. Die im Einzelfall auszusprechende Strafe muß er dem Gesetz entnehmen. Anders verhält es sich, wenn das Gesetz für ein Delikt z.B. Bestrafung mit Gefängnis anordnet. Hier muß der Richter im Einzelfall eine Strafe zumessen, die im Rahmen von einem Tag und 5 Jahren Gefängnis liegen muß (§ 16 StGB).

- b) Der Richter muß verpflichtet sein, eine bestimmte Strafe auszusprechen, d.h. er muß zu einem Strafausspruch kommen, der bei einer Freiheitsstrafe zeitlich, bei einer Geldstrafe der Höhe nach begrenzt ist.

Es dürfen also keine unbestimmten Verurteilungen in dem Sinne zulässig sein, daß der Richter sich mit der Schuld-feststellung und der Angabe des gesetzlichen Strafrahmens begnügen und z.B. tenorieren dürfte: "Der Angeklagte ist des Diebstahls schuldig. Er wird mit Gefängnis bestraft". In diesem Falle würde der Richter keine Strafzumessungs-tätigkeit ausüben, sondern den gesetzlichen Strafrahmen übernehmen.

Solche unbestimmten Verurteilungen sind dem allgemeinen Strafrecht unbekannt.

Sie kommen auch in der oben angeführten Form nicht im

Jugendstrafrecht vor.

Nach § 27 JGG kann der Richter zwar nach dem Schuldspruch die Verhängung der Jugendstrafe aussetzen. Es kann aber trotzdem noch die Festsetzung einer bestimmten Strafe erfolgen (§ 30 JGG). Eine Strafzumessungstätigkeit ist damit nicht ausgeschlossen.

Ähnlich verhält es sich im Falle des § 19 JGG, in dem die Freiheitsstrafe zwar bei der Verurteilung nicht zeitlich genau festgelegt zu werden braucht, der Richter aber einen bestimmten Umfang der Freiheitsstrafe festsetzen muß. Die Bestimmung von Höchst- und Mindestmaß der Strafe ist aber ebenfalls richterliche Strafzumessungstätigkeit.

4. Bei der richterlichen Strafzumessung muß über verschiedene Fragen entschieden werden:¹⁾

a) Über die Strafraumenfrage²⁾.

Diese Frage tritt dann auf, wenn das Gesetz für ein Delikt mehrere Strafraumen aufstellt, die je nach dem Vorliegen sog. "mildernder Umstände" oder "eines schweren Falles" Anwendung finden sollen, z.B. §§ 267, 249 StGB.

Hier muß der Richter bei der Strafzumessung entscheiden, welcher Strafraumen anzuwenden ist.

b) Über die Strafartenfrage.

Droht das Gesetz für ein Delikt mehrere Strafen z.B. Geld- und Freiheitsstrafen nebeneinander an, z.B. §§ 271, 263 StGB, so muß der Richter entscheiden, welche von den gesetzlichen Strafarten er verhängen will, bzw. ob er von einer zweiten Strafart auch noch Gebrauch machen will.

c) Über die Strafbemessungsfrage.

Hierunter ist zu verstehen, daß der Richter innerhalb eines Strafraumens und einer Strafart auf eine bestimmte Strafe erkennt, z.B. der Richter verurteilt den X, ausgehend von einem Strafraumen, der Gefängnis androht, zu

1) v. Weber, StZ S. 3

2) Jung, JR 1931, S. 17

4 Monate Gefängnis.

Diese Strafzumessungstätigkeit des Richters wird von der Praxis als die eigentliche "Strafzumessung" verstanden¹⁾.

Die Prüfung, inwieweit das prozessuale Verhalten des Angeklagten bei der Strafzumessung eine Rolle spielt, soll daher auf diese Strafzumessungstätigkeit des Richters beschränkt werden.

d) Über die Strafumwandlungsfrage.

Diese Frage ist in den §§ 21, 27b und 29 StGB geregelt.

e) Über die Nebenstrafenfrage.

Hier muß der Richter über den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (§§ 36, 32 StGB), den Verlust der Amtsfähigkeit (§ 35 StGB), den Verlust des Wahlrechtes (§§ 34 Nr.2, 85, 98, 109 i StGB), die Urteilsbekanntmachung in den Fällen der §§ 165, 200, 285 a und über den sog. "Verfall", der Einziehung des Entgeltes oder der durch das Delikt erlangten Vorteile (§§ 335, 86, 98, 108b, 109 i StGB) entscheiden.

II. Das richterliche Ermessen bei der Strafzumessung.

1. Die herrschende Meinung steht auf dem Standpunkt, daß die Strafzumessung grundsätzlich eine Frage des tatrichterlichen Ermessens ist²⁾.

1) Rosenfeld, VDA III S.95; Mezger, ZStW 51, S.856

2) Drost, S.35 ff.; KMR § 337 Anm.4 c 7; Jagusch in Löwe-Rosenberg § 337 I 2 a; Eb.Schmidt LK § 337 Anm.44; Schröder, S.66; v.Weber, G-R § 19 II; Drost, NJW 1955, S.1255; Jung, JR 1931, S.22; Koffka, JR 1955, S.323; Krumme, DRiZ 1955, S.208; Mezger, ZStW 51, S.856; Peters, Strafrichter, S.45 ff.; S.90ff.; v.Weber, StZ, S.3,6; Peters, Gutachten, S.21; Dreher, SJZ 1949, S.770 .

An die Stelle der Subsumtion, die der Richter bei der Lösung der Tat- und Schuldfrage vornehmen muß, tritt bei der Lösung der Straffrage, also der Strafzumessung, das richterliche Ermessen.

2. Dieses Ermessen des Tatrichters ist aber nicht nur durch den für alle Ermessensentscheidungen geltenden Grundsatz des "pflichtgemäßen" Ermessens, der Willkürentscheidungen verbietet, begrenzt.

a) Das richterliche Ermessen ist beschränkt durch die gesetzlichen Strafraumen. Der Richter darf keine Strafe verhängen, die das gesetzliche Höchstmaß überschreitet oder das gesetzliche Mindestmaß unterschreitet.

b) Aber auch innerhalb dieses gesetzlichen Strafraumens ist das richterliche Ermessen nicht frei, sondern an rechtliche Erwägungen gebunden¹⁾.

Die Grenzen des richterlichen Ermessens sind danach enger zu ziehen als die gesetzlichen Strafraumen²⁾. Sie ergeben sich daraus, daß der Richter mit jeder Rechtsfindung den Willen des Gesetzgebers durchführen muß. Das Strafmaß wird also durch das Ziel bestimmt, welches das Gesetz mit der Strafandrohung und dem Strafausspruch erreichen will³⁾. Die Bestimmung des Strafmaßes setzt damit Klarheit über die mit der Strafe verfolgten Zwecke voraus⁴⁾. Eine Strafzumessung ohne Kenntnis vom Wesen und Zweck der Strafe ist richtungslos⁵⁾ und undurchführbar⁶⁾.

1) Koffka, JR 1955, S.323; Jagusch in L-R § 337 I 2 a

2) Peters, Strafrichter, S.57; Peters LB, § 75 III 4; Schönke-Schröder Vorbem. § 13 VIII 1

3) Schönke-Schröder Vorbem. § 13 VIII 2; Finger S.57

4) Peters, Strafzumessung, S.739; Sorof, Goldt.A.35, S.287; Sachs, S.XXII; Geier in L-R § 267 Anm.10 a.

5) Jagusch, LK Vorbem. § 13 B I 2

6) Peters, Gutachten, S.29

Die Strafzumessung stellt die unmittelbare Anwendung der Lehre vom Wesen und Zweck der Strafe dar¹⁾.

3. Hieraus ergeben sich für die Strafzumessung bestimmte Folgen:

a) Jede Strafzumessung muß mit den Strafzwecken in Einklang stehen. Das Ermessen des Richters ist insoweit eingeschränkt, da jede Strafzumessung, die gegen die Strafzwecke verstößt, fehlerhaft ist.

Was für die Strafzumessung im ganzen gilt, gilt auch für die Berücksichtigung einzelner Umstände, z.B. des prozessualen Verhaltens des Angeklagten, da ihre Verwertung nur dann zulässig ist, wenn eine Beziehung zur Strafe und den Strafzwecken gegeben ist²⁾.

b) Die Entscheidung über die Strafzumessung hat materiell-rechtlichen Inhalt³⁾.

Falsche Strafzumessung ist falsche Rechtsanwendung und damit durch die Revision angreifbar. Ein gegen die Strafzumessung gerichteter Revisionsangriff hat nicht die Verletzung des § 267 Abs.3 StPO mit der Folge des Begründungszwanges nach § 344 Abs.2 Nr.2 StPO zu rügen, sondern ist in der allgemein erhobenen Rüge der Verletzung materiellen Rechtes enthalten. Auch ist über Fragen der Strafzumessung nach § 263 StPO mit Zweidrittelmehrheit abzustimmen und nicht mit einfacher Mehrheit wie in den Fällen, in denen über eine prozeßrechtliche Frage abgestimmt wird.

Eberhard Schmidt⁴⁾ hat deshalb zu Recht auf die ihm gar

1) Mairach, AT, § 63 I 1

2) v.Weber, MDR 1949, S.390

3) Jagusch, LK, Vorbem. § 13 B I 1;
Arndt, JZ 1946, S.31; Geier in L-R § 267 Anm.10 a.

4) Eb.Schmidt, LK § 267 Anm.19,20 .

nicht zukommende Rolle des § 267 Abs.3 StPO bei der Entwicklung der Revisibilität der Strafzumessung hingewiesen¹⁾.

- 1) Auf die Frage, in welchem Umfange die Strafzumessung mit der Revision angegriffen werden kann, kann hier nicht im einzelnen eingegangen werden. Die Frage der Revisibilität der Strafzumessung wurde von der Rechtsprechung nach 1945 im Zusammenhang mit der Umwandlung des § 267 Abs.3 StPO von einer Soll- in eine Mußvorschrift und der Streitfrage, ob nur eine überhöhte oder auch eine besonders milde Strafe mit der Revision angegriffen werden könne, in einer Vielzahl von Entscheidungen aufgenommen.

(OLG Hessen, Kasseler Senat in HEST 1, S.195, 198; OLG Koblenz, HEST 2, S.120; OLG Hessen, Großer Senat, HEST 2, S.115; OLG Köln, HEST 1, S.200; OLG Köln, NJW 1947/48, S.26; Wimmer, NJW 1947/48, S.126 ff.; OLG Köln, SJZ 1947, S.561).

Die herrschende Meinung nimmt an, daß die Strafzumessung nicht in vollem Umfang revisibel ist, sondern dem Richter bei der Abmessung der Strafe ein "Ermessensspielraum" eingeräumt sei, in den das Revisionsgericht nicht eingreifen dürfe, soweit der Richter von seinem Ermessen keinen fehlerhaften Gebrauch gemacht habe.

(KMR § 337 Anm.7; Jagusch in L-R § 337 I 2 a; Eb.Schmidt, LK § 337 Anm.51 u.44; OLG Stuttgart SJZ 1948, S.775; Dreher, SJZ 1949, S.770, 771; OGHZ 2, S.145; Drost, S.53 ff.)

Anderer Ansicht ist Grünwald (MDR 1959, S.713 ff. u.S.808 ff.), der zu dem Ergebnis kommt, daß die Strafzumessung in vollem Umfange revisibel sei.

C. Wesen und Aufgaben der Strafe.

I. Wesen der Strafe.

1. Im tatsächlichen Sinne ist die Strafe ein Übel, das dem Täter zugefügt wird¹⁾. Sie stellt einen Eingriff in die Lebenssphäre des einzelnen durch den Staat dar²⁾. Für den Bestraften bedeutet sie eine Einbuße von Rechten und Rechtsgütern³⁾, eine Beeinträchtigung in den Lebensgütern (Freiheit und Eigentum), die der Staat durch seine Verfassung und seine Gesetze gegenüber Eingriffen Dritter schützt⁴⁾.
2. Im rechtlichen Sinne ist die vom Staat nach dem Gesetz verhängte Strafe eine Rechtsfolge, die die schuldhaftes Zuwiderhandlung gegen einen gesetzlich aufgestellten Straftatbestand voraussetzt. Sie ist damit ein Rechtsgriff.
Sie ist - wie Nagler⁵⁾ es zusammenfassend ausdrückt - ein "Rechtsübel".

II. Rechtfertigung staatlichen Strafens im allgemeinen.

Die herrschende Meinung leitet die Berechtigung des Staates, den Übertreter seiner Gesetze zu bestrafen, aus der sozialen Unerläßlichkeit ab.

Sie geht von der Erkenntnis aus, daß ein Staat ohne Strafgewalt nicht existieren kann und zur Aufrechterhaltung

1) Welzel, § 31 I 1 a; Gerland § 1 II; v.Hippel, § 22, II, 4; v.Liszt-Schmidt, § 58 A I 1; Mayer, § 57 I; Mezger, Grundriß, S. 160; Niethammer-Olshausen, S. 78; Birkmeyer, GS 67, S. 401; Peters, Strafrichter, S. 58; Kriegsmann, VDA III, S. 225; Liepmann, ZStW 28, S. 5.

2) Graßberger, S. 3

3) Binding, Grundriß, § 92; Mezger, Studienbuch, § 101

4) Graßberger, S. 3

5) Nagler, LK, Vorbem. § 13 I 1.

der öffentlichen Ordnung und seiner Rechtsordnung gezwungen ist, Rechtsbrecher zu bestrafen¹⁾.

Die Auffassung, daß der Staat einen "ethischen Führungsauftrag" habe und mit seinen Strafen "nach Art der irdischen Strafgerechtigkeit Gottes" handeln²⁾ und an der "Vervollkommnung der Menschheit" mitzuarbeiten habe³⁾, wird zu Recht mit dem Hinweis darauf abgelehnt, daß sie nicht mit der herrschenden Meinung von den Aufgaben und Pflichten des Staates übereinstimmt.

Der Staat wird heute überwiegend als religiös neutral angesehen und ein ethischer Führungsauftrag verneint⁴⁾. Er wird weder für verpflichtet noch für fähig gehalten, die Gerechtigkeit im allgemeinen Weltlauf herzustellen⁵⁾. Seine Aufgabe wird vielmehr darin gesehen, das Zusammenleben seiner Bürger zu ordnen und zu ermöglichen und den Einzelnen vor Eingriffen Dritter und auch des Staates zu schützen, soweit dies mit den Interessen anderer und des Staates vereinbar ist.

Der Staat darf deshalb mit Strafen auch nur da eingreifen, wo dies zur Aufrechterhaltung des Zusammenlebens seiner Bürger und zur Aufrechterhaltung seiner Rechtsordnung notwendig ist.

Daß einige vom Staat wegen ihrer sozialen Unerträglichkeit bestraften Taten als moralisch verwerflich betrachtet werden, wie z.B. Tötung und Raub, steht dem nicht entgegen, da ihre Bestrafung auch und besonders zur Aufrechterhaltung der Ordnung notwendig ist und ihnen außer-

1) Clausius, GS 57, S. 406; v. Hippel, § 22 II 1, 2; Buchwald, JR 1948, S. 144; Nagler, LK Vorbem. § 13, II; Welzel, § 31 I 2; Jagusch, LK, Vorbem. § 13 A I; Maurach, AT, § 6 I A; Liepmann, ZStW 28, S. 19; Allfeld, § 3 V.

2) Wimmer, JR 1947, S. 98

3) Rosenfeld, VDA III S. 104

4) Buchwald, JR 1948, S. 143

5) Welzel, § 31 I 2.

dem eine Fülle von Strafvorschriften gegenübersteht, die moralisch oder ethisch neutrale Handlungen betreffen, bei deren Bestrafung es sich also nicht um die Durchsetzung oder Wahrung einer höheren Ordnung handelt.

III. Rechtfertigung der Strafe im Einzelfall.

Welche Strafe im Einzelfall gerechtfertigt ist, hängt davon ab, welche Zwecke mit der Strafe verfolgt werden.

1. Über die möglichen, mit der Strafe verfolgbaren Zwecke gibt am besten eine Skizzierung des Theorienstreites zwischen den sog. "absoluten" und "relativen" Straftheorien einen Überblick.

- a) Die sog. absoluten oder auch "klassischen" Theorien sind jedoch keine eigentlichen Strafzwecktheorien¹⁾.

Sie halten es für unvereinbar mit dem Wesen der Strafe, durch die Strafe im Einzelfall bestimmte Zwecke zu verfolgen. Für sie erschöpft sich die Strafe im Ausgleich entweder in der Form der Wiedergutmachung oder der Vergeltung.

Die Vertreter der Vergeltungstheorie (Kant, Hegel, Abegg, Köstlin, Hälschner und Binding) wollen Gleiches mit Gleichem beantworten²⁾ und setzen daher der üblen Tat das Übel der Strafe entgegen³⁾. Der Verletzung fremder Rechtsgüter soll die Beeinträchtigung eigener Rechtsgüter entsprechen⁴⁾.

Strafgrund ist damit die Tat. Ihrer Schwere hat die Schwere der Strafe zu entsprechen⁵⁾. Die Vergeltungs-

1) Jagusch, LK, Vorbem. § 13 A II; Maurach, AT, § 6 I B 1.

2) Birkmeyer, GS 67, S.401.

3) Binding, Grundriß, § 92 A 1 b

4) Birkmeyer, GS 67, S.401

5) Drost, S.93

theorie entnimmt den Strafmaßstab der in der Vergangenheit liegenden Tat. Sie fordert ein Abwägen der Strafe zu der im Einzelfall vorliegenden Tat.

Daraus folgt, daß nur das einzelne Verbrechen bei der Strafzumessung berücksichtigt werden darf¹⁾.

Alle Anhänger des Vergeltungsstrafrechtes fassen jedoch ihre Forderung nach Proportionalität von Verbrechen und Strafe so auf, daß die Strafe nicht der Schwere des Tat-erfolges, sondern der Schwere der Schuld des Täters zu entsprechen habe.

Nur wenn der Täter für das bestraft wird, "was er getan und gewollt hat"²⁾, wird die Vergeltung als gerecht³⁾, die Strafe im Einzelfall als gerechtfertigt angesehen. Birkmeyer⁴⁾ schließt hieran drei Forderungen an:

Keine Strafe ohne Schuld,
wo genügend Schuld vorliegt, muß gestraft werden,
die Strafe muß der Schuld proportional sein.

"Vergeltung" bedeutet damit Bestrafung nach dem Maß der Schuld des Straftäters für die begangene Tat.

- b) Die relativen Theorien sind Strafzwecktheorien. Nach ihnen ist eine Strafe nur dann gerechtfertigt, wenn durch sie bestimmte Zwecke verfolgt werden. Strafe als zweckge-löste Übelszufügung ist sinnwidrig. Daraus folgt, daß die Vergeltung hinter die Strafzwecke zurückzutreten hat⁵⁾.

Den relativen Theorien ist gemeinsam, daß nach ihnen die Tat nicht Strafgrund, sondern Strafanlaß ist.

1) Durchholz, Goltd.A.35,S.262/63

2) Birkmeyer zit. nach Drost S.154

3) Birkmeyer, GS 67, S.404; Finger, S.77,78

4) Birkmeyer, GS 67, S.405,406

5) Jagusch, LK Vorbem. § 13 A II; Maurach,AT,§ 6 I C.

Ihr Strafmaßstab ist nicht die in der Vergangenheit liegende schuldhaft Tat, sondern die Wirkung der Strafe entweder auf die Allgemeinheit oder den Täter, also von einer Prognose für die Zukunft abhängig. Je nach dem, ob die Wirkung auf die Allgemeinheit oder den Täter als entscheidend angesehen wird, unterscheiden sich General- und Spezialprävention.

- aa) Die Generalprävention will durch die Strafe die Allgemeinheit von der Begehung von Straftaten abschrecken. Sie verfolgt dieses Ziel durch die Androhung hoher Strafen (Feuerbach, BayStGB von 1813), durch die Verhängung exemplarischer Strafen beim Überhandnehmen bestimmter Delikte und durch beispielhafte Vollstreckung und deren Bekanntmachung.

Entscheidend für das Strafmaß im Einzelfall ist also der Zweck, das Publikum abzuschrecken¹⁾. Die Persönlichkeit des Täters tritt zurück, seine Schuld wird bedeutungslos.

Die Generalprävention kennt keine Proportionalität zwischen Schuld und Strafe wie die Vergeltungstheorie. Wichtig ist dagegen die Stärke des sozialschädlichen Erfolges der Tat, da sich nach ihr die Stärke der Abschreckung richten muß. Je schädlicher die Folgen einer Straftat für die Allgemeinheit sind, desto härter muß die Strafe ausfallen, damit niemand eine solche Tat in der Zukunft wieder begeht²⁾.

Man kann hier von einer Proportionalität zwischen Erfolg und Strafe sprechen.

- bb) Unter Spezialprävention versteht man die Verhütung von Verbrechenwiederholungen durch Einwirkung auf den Täter³⁾.

1) Clausius, GS 57, S.406

2) Drost, S.93

3) Maurach, AT, § 6 I C 2

Die Vertreter der spezialpräventiven Theorien (v.Liszt, v.Grolman, Stübel, Kleinschrod, Gerland, Mayer, Drost) wenden sich unmittelbar und ausschließlich an den Täter und bemessen die Strafe im Einzelfall danach, wie dieser Täter von der erneuten Begehung von Verbrechen abgehalten werden kann¹⁾.

Dieser Endzweck soll auf verschiedene Weise erreicht werden:

a') durch Abschreckung.

Die Abschreckungsstrafe ist als "Denkzettel" für den Augenblickstäter, bei dem keine tiefere verbrecherische Neigung vorhanden ist, geeignet. Diese Abschreckungsstrafe ist aber im Gegensatz zu der Strafe der Generalprävention allein nach der Psyche des betreffenden Täters individualisiert²⁾.

b') durch Erziehung.

Die Erziehungsstrafe, die Besserung und soziale Anpassung des Täters erstrebt, ist für den besserungsfähigen Zustandsverbrecher bestimmt.

c') durch Sicherung.

Der unverbesserliche Zustandsverbrecher soll zur Sicherung der Gesellschaft durch lebenslange Freiheitsstrafe oder wenigstens vorübergehend für die Dauer einer zeitlichen Freiheitsstrafe unschädlich gemacht werden.

Alle spezialpräventiven Theorien nehmen als Strafmaßstab nicht die in der Vergangenheit liegende schuldhafte Tat, auch nicht die Wirkung auf die Allgemeinheit, sondern die verbrecherische Gesinnung des Täters, wie sie aus Anlaß der Einzeltat erkennbar geworden ist.

Dementsprechend hat die Straftat bei der Bestimmung der Strafe im Einzelfall nur symptomatische Bedeutung für die

1) Drost, S.173

2) Drost, S.174

psychische Eigenart des Täters. Entscheidend für das Strafmaß ist allein die Intensität der asozialen Gesinnung, das Vorliegen oder Fehlen einer sozialen Anpassungsfähigkeit¹⁾.

- c) Als Vereinigungstheorien werden die Auffassungen bezeichnet, die bestrebt sind, den Ausgleich zwischen den absoluten und den relativen Theorien zu finden.

Ihre Vertreter (Merkel, Frank, Liepmann, v.Hippel, Nagler, Oetker, Beling) gehen von der absoluten Rechtfertigung der Strafe als gerechter Vergeltung aus²⁾, wollen mit der Strafe aber auch general- und spezialpräventive Zwecke verfolgen. Sie erkannten, daß auch die Vergeltungsstrafe notwendig Wirkungen auf die Allgemeinheit und den Täter ausübt³⁾.

Sie berücksichtigen dementsprechend bei der Strafzumessung in erster Linie die Tat und die Schuld des Täters, daneben aber auch die Wirkung der Strafe auf die Allgemeinheit und den Täter.

2. Der Theorienstreit über die Rechtfertigung der Strafe im Einzelfall kann heute als überwunden gelten. Allgemein kann man sagen, daß die Vereinigungstheorien sich durchgesetzt haben.

- a) Die herrschende Meinung in der Literatur geht heute davon aus, daß die Strafe in erster Linie gerechte Vergeltung der schuldhaften Tat sein muß⁴⁾.

1) v.Liszt-Schmidt, § 68 III 2

2) Sorof, Goldt.A.35,S.287/88; Graßberger, S.1; Liepmann, ZStW 28,S.4; v.Hippel, LB, § 22 I 2.

3) Finger, Strafzumessung, S.44; Birkmeyer, GS 67,S.407; Oetker, GS 70,S.352,353; Allfeld § 3 IV.

4) Kern, § 55 C I 2 c; KMR § 267 Anm.9 A a; Kohlrausch-Lange, Vorbem.§ 13 A II 2 d; Jagusch, LK Vorbem.§ 13 A I; Nagler, LK Vorbem.§ 13 I 1,2; Maurach, AT,§ 63 I,1; Mayer, § 57 I; Mezger, Grundriß,S.160/161; Mezger, LB, § 72 I; Mezger, Studienbuch, § 106 IV; Peters, Strafrichter,S.63,68; Spendel, S.238; Schöнке-Schröder,Vorbem § 13 II; v.Weber, Grundriß, § 3; Welzel, § 31 I 1 a; v.Weber, DRiZ 1951, S.153

Außerdem soll sie durch ihre Wirkung auf die Allgemeinheit weitere Verbrechen verhüten und auf den Täter abschreckend, bessernd, erzieherisch und sichernd einwirken.

Die Strafe soll damit alle Strafzwecke in sich vereinigen. Mezger hat in seinem Gutachten zur Strafrechtsreform¹⁾ die Auffassung der herrschenden Meinung als Vorschlag für das neue Strafgesetzbuch so formuliert:

" Die Strafe soll in gerechter Weise der Schuld des Täters entsprechen. Auf dieser Grundlage dient sie der Verhütung von Straftaten, der Sicherung der Allgemeinheit vor gefährlichen Verbrechern und der Eingliederung des straffällig Gewordenen in die Gemeinschaft ".

Eine abweichende Auffassung vertritt Eberhard Schmidt²⁾, der bezweifelt, daß Vergeltung, Sühne und Schuld praktikable Begriffe für die Bestimmung des Strafmaßes im Einzelfall sind und fordert, die Strafe so zu bemessen, daß sie den Verurteilten zu einem gesetzmäßigen und geordneten Leben in der Zukunft führe. Er hält damit im Einzelfall die nach den Grundsätzen der Spezialprävention bemessene Strafe für gerechtfertigt.

- b) aa) Das Reichsgericht hat sich auch in der Zeit des Schulenstreites von einer einseitigen Betrachtungsweise der Strafzwecke ferngehalten. Es hat sich niemals für die absoluten oder relativen Theorien als einzige Rechtfertigung der Strafe ausgesprochen.

Grundlage für die Rechtsprechung blieb immer die schon klassisch gewordene Formulierung in Band 58, Seite 109:

" Grundlage für die Bemessung des ordentlichen und außerordentlichen Strafrahmens durch den Gesetzgeber und für die Versagung oder Zubilligung mildernder Umstände durch

1) Mezger, Materialien Bd.I, S.7

2) Gutachten, S.11,13,16,21,22,26,27; LK § 337 Anm.51; MDR 1954, S.340; ZStW 67, S.177 ff. insbes. S.192; ZStW 69, S.359 ff., S.372 ff.

den Richter bildet somit die Höhe des Verschuldens und die Bedeutung der Tat für die durch sie verletzte Rechtsordnung; maßgebend ist also in erster Linie das Sühnebedürfnis, der Vergeltungszweck der Strafe, daneben auch wohl noch der Abschreckungszweck. Die sonstigen Strafzwecke, der Besserungs- und Sicherungszweck treten demgegenüber in den Hintergrund ".

Das Reichsgericht hat damit immer eine Vereinigungstheorie vertreten.

Von dieser Rechtsprechung ist es nicht abgewichen und hat sie auch in der Zeit des Dritten Reiches noch aufrechterhalten¹⁾.

bb) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde nach dem Kriege von den deutschen Obergerichten und dem Obersten Gerichtshof für die Britische Zone wieder aufgenommen und fortgeführt²⁾.

Auch die Entscheidungen dieser Gerichte verlangen, daß alle Strafzwecke bei der Strafzumessung berücksichtigt werden³⁾. Mit jeder Strafe soll die gerechte Sühne der Tat angestrebt werden⁴⁾. Die Strafe muß immer der Schuld des Täters entsprechen⁵⁾. Durch die Strafe soll also in erster Linie begangenes Unrecht gesühnt und die Allgemeinheit geschützt werden⁶⁾.

cc) Auch der BGH geht davon aus, daß die Strafe eine mehrdimensionale Sanktion ist⁷⁾, d.h. daß ihr Wesen nicht aus einer einzigen Funktion erklärt werden kann,

1) RG 61,417; 65,230; 76,323 ff.; JW 1928,S.1749; 1930, S.713 (= HRR 1929 Nr.1709); HRR 1929 Nr.452; 1941, Nr.527 u.Nr.1032; DR 1943,S.138.

2) OLG Frankfurt, HEST 1,S.67; OLG Koblenz, HEST 1,S.101; OLG Hessen, Kasseler Senat HEST 1,S.195; OLG Hamburg, HEST 2,S.228; OGHBBZ 2, S.103, 145; OGHBBZ 3,S.34,125.

3) OLG Frankfurt HEST 1,S.67; OGHBBZ 2,S.98,145.

4) OGHBBZ 3,34; 2,145

5) OGHBBZ 2,103; OLG Köln HEST 1,200.

6) OLG Hessen HEST 1,195; OGHBBZ 2,219,145; 3,125

7) v.Weber, Strafzumessung, S.7 .

sondern daß verschiedene Zwecke mit der Strafe verfolgt werden können und sollen.

Der BGH stellt den Gedanken der Sühne im Sinne einer gerechten Vergeltung in den Vordergrund, ohne damit andere Strafzwecke auszuschließen¹⁾.

Der BGH knüpft ausdrücklich an die vom Reichsgericht aufgestellte Formulierung in Bd.58 S.109 an²⁾ und fordert dann, daß die Strafe der Schuld des Täters und den Folgen der Tat unter Berücksichtigung der Strafzwecke zu entsprechen habe³⁾.

3. Der "Sühne"zweck der Strafe.

Mit der herrschenden Meinung ist daher festzustellen, daß die Strafe im Einzelfall als Vergeltung der schuldhaften Tat bei gleichzeitiger Berücksichtigung general- und spezialpräventiver Zwecke gerechtfertigt ist.

Dem steht nicht entgegen, daß sowohl in den Entscheidungen des Reichsgerichtes⁴⁾, der Obergerichte vor Schaffung des BGH⁵⁾ und des BGH⁶⁾ wie auch in der Literatur⁷⁾ oftmals nicht von dem Vergeltungscharakter, sondern dem "Sühnezweck" der Strafe die Rede ist.

Beide Begriffe werden gleich behandelt, wie sich besonders

1) BGH 4,11; 6,127; 7,28

2) BGH 3,179

3) BGH 1,105; 5,106; 7,32,216; BGH LM § 267 III Nr.24 = NJW 1954,S.14,16 = MDR 54,S.693 .

4) RG 58,109; 61,417; HRR 1929 Nr.452; 1941 Nr.527; 1941 Nr.1032

5) OGHBZ 2,S.145; OLG Koblenz HEst 1,S.101; OLG Hessen HEst 1,S.195

6) BGH 1,105; 6,127; LM § 267 III Nr.24

7) Mezger, Grundriß,S.160; Schönke-Schröder, Vorbem. § 13 II, VIII 1; Jagusch LK, Vorbem.§ 13 A II; Hülle, DRiZ 1951, S.38.

aus der Entscheidung des Reichsgerichtes Bd.58,Seite 109 ergibt: " ... maßgebend ist das Sühnebedürfnis, der Vergeltungszweck der Strafe ...".

Das gleiche gilt, wenn gefordert wird, daß Schuld- und Sühneganke ausgewogen sein sollen¹⁾ oder daß die Strafe "Sühne für das durch die Verwirklichung des Straftatbestandes begangene Unrecht" sein soll²⁾.

In allen diesen Fällen kann das Wort "Sühne" durch das Wort "Vergeltung" ersetzt werden und muß es, damit die aufgestellten Forderungen sinngemäß verstanden werden können. Es handelt sich hier um einen eingebürgerten Sprachgebrauch, der - wahrscheinlich um das Wort "Vergeltung", das zu sehr nach Vergeltung im Sinne des Talions, nach bloßem Rückschlag der verbrecherischen Tat wegen, klingen könnte, zu vermeiden - Vergeltung und Sühne synonym gebraucht und damit das Wort "Sühne" seines eigentlichen Gehaltes beraubt. Vergeltung ist nicht Sühne. Vergeltung bedeutet der von außen her bewirkte Ausgleich durch den Staat.

Sühne ist dagegen der innere Ausgleich, der nur vom Täter bewirkt werden kann³⁾. Sühne vollzieht sich da, wo ein Schuldiger das ihn treffende Strafübel als sittlich notwendig zur Wiedererlangung seiner ethischen Freiheit von sich aus anerkennt und das Strafleiden in diesem Sinne auf sich nimmt und "will"⁴⁾.

Es hängt also von dem Bestraften ab, ob die Strafe zur Sühne führt oder nicht.⁵⁾ Der Staat kann bei der Verhängung seiner Strafen nur hoffen⁶⁾, daß der Bestrafte von der ihm gegebenen Gelegenheit⁷⁾, die Tat zu sühnen,

1) OLG Koblenz, HEST 1,101; OLG Hessen, HEST 1,195

2) BGH LM § 267 III Nr.24; RG 61,417; RG HRR 1941, Nr.527.

3) Peters, Gutachten, S.32 Anm.74

4) Eb.Schmidt, Materialien S.11

5) Dreher, ZStW 65,S.484; Eb.Schmidt ZStW 67,S.187

6) Eb.Schmidt, ZStW 67,S.187

7) Jagusch, LK, Vorbem. § 13 A I; Welzel § 31 I 1 a ; Koffka, JR 1955, S.324 .

Gebrauch macht.

Wenn man diese richtige Bedeutung des Begriffes "Sühne" zugrunde legt, muß Eberhard Schmidt¹⁾ zugegeben werden, daß Sühne mit staatlichem Strafen nichts zu tun hat und staatlichen Maßnahmen völlig entzogen ist.

Man sollte es daher vermeiden, Vergeltung und Sühne gleichzusetzen.

4. Der Schuldbegriff im Vergeltungsstrafrecht.

- a) Aus dem Grundsatz der "Vergeltung" folgt, daß bestraft wird der Einzeltat wegen. Die Tat als rechtswidriger, tatbestandsmäßiger Vorgang ist Entstehungsgrund der Strafe²⁾.

In diesem Sinne ist jedes Strafrecht Tatstrafrecht³⁾, da für eine Bestrafung im Einzelfall immer die Begehung einer Straftat Voraussetzung ist. Das gilt auch für alle oben aufgeführten Theorien über die Rechtfertigung der Strafe im Einzelfall.

Aus dem Grundsatz der "gerechten" Vergeltung folgt, daß die Strafe schuldangemessen sein muß⁴⁾.

Das heißt: es gibt keine Bestrafung ohne Schuld und Bestrafung nur nach dem Maße der Schuld⁵⁾.

Die Schuld ist damit neben der Straftat Entstehungsgrund

1) Materialien, S. 12, 13

2) Maurach, AT, § 7 I A 2; Jagusch. LK Vorbem. § 13 A I.

3) Engisch, ZStW 66, S. 353; Heinitz, ZStW 63, S. 72; Mayer, AT, § 10 I.

4) BGH LM § 267 III Nr. 24; HEST 1, S. 200; OGH BZ 3, S. 125; OLG Hamm NJW 1957, S. 1003; Koffka, JR 1955, S. 324, 325; Hülle, DRiZ, 1951, S. 38; Eb. Schmidt, SJZ 1946, S. 207; Wimmer, NJW 1947/48, S. 127; Sauer, Allgem. Strafrechts-, § 32 I 2 a; OGH BZ in SJZ 1950, S. 432; Lenfeld, VDA III S. 105; v. Calker, VDA III, S. 186/87; Lönke-Schröder, Vorbem. § 13 II; Frey, ZStW 65, S. 6; BGH 7, S. 28, 216.

5) Wimmer, NJW 1947/48, S. 127, JR 1947, S. 99; OLG Köln, SJZ 1947, S. 561, MDR 1957, S. 247.

der Strafe im Einzelfall.

b) aa) Strafrechtliche Schuld setzt voraus, daß ein strafrechtlicher Tatbestand von einem tatverantwortlich Handelnden erfüllt wird¹⁾. Der Täter muß in der Lage sein, das Unrecht seiner Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln²⁾. Diese Fähigkeit des Täters darf weder überhaupt fehlen noch aus Gründen des Einzelfalles ausgeschlossen sein. Das bedeutet, daß der Täter nicht unzurechnungsfähig (= schuldunfähig) im Sinne des § 51 StGB sein darf und keine Schuldausschließungsgründe vorliegen dürfen, die die Tat dem Täter nicht zurechenbar machen³⁾.

bb) Schuld bedeutet Vorwerfbarkeit⁴⁾. Die Handlung des Täters ist dann schuldhaft, wenn sie ihm persönlich vorwerfbar ist. Das ist dann der Fall, wenn von der Person des Täters rechtmäßiges Handeln gefordert werden konnte, d.h. wenn die Möglichkeit bestand, daß er das Unrecht seiner Tat einsehen und nach dieser Einsicht handeln konnte. Schuld ist "in das Bewußtsein des Täters projizierte Rechtswidrigkeit"⁵⁾.

Es handelt sich damit bei der Schuld um die persönliche Zurechnung der Tat gegenüber ihrem Täter⁶⁾. Es wird dem Täter vorgeworfen, daß er unrecht gehandelt hat, obwohl er dies erkennen und vermeiden konnte. Vorgeworfen wird dem Täter also seine falsche Willensbildung; die Schuld ist "Willensschuld"⁷⁾.

1) Maurach, AT, § 35 III 1.

2) Kohlrausch-Lange, System.Vorbem.IV

3) Mezger, LB, § 35

4) Maurach, AT, § 35 I; Mezger, IK Einl.IV 2; Mezger, Grundriß, S.79; Mezger, Studienbuch § 51, § 54,4, § 65,3; Welzel, § 19 II 1; Bockelmann, Materialien Bd.I, S.35.

5) Sauer, Grundlagen, § 22 VI, § 20 V.

6) Mezger, IK Einl. vor § 51 Anm.11; Grundriß S.81

7) Welzel, § 19 II 2; Maurach, AT § 35 IV 1.

Gegenstand des Schuldvorwurfes ist die Einstellung des Täters zu den Forderungen der Allgemeinheit,¹⁾ so daß man Schuld auch als "das, was der Täter, der zu rechtmäßigem Verhalten in der Lage war, der Rechtsgemeinschaft schuldig geblieben ist", definieren kann, wie Welzel es tut²⁾.

cc) Der Schuldvorwurf kann sich auf das Wollen der Tat gegen oder in Verkennung eines Rechtsgebotes beziehen. Er kann aber auch ein die ganze Täterpersönlichkeit treffendes sozialetisches Unwerturteil darstellen, das über die Vorwerfbarkeit der konkreten Tat hinausgreift und auch die Verantwortlichkeit des Täters für die zu der Straftat führende innere Entwicklung auf Grund fehl gehender Lebensentscheidungen mit umfaßt³⁾.

Im ersteren Fall spricht man von Einzeltatschuld, im letzteren von Täter- bzw. Lebensführungsschuld⁴⁾.

Der Gedanke der Lebensführungsschuld, der von Mezger vertreten wird⁵⁾, der neben der Einzeltatschuld auch die Persönlichkeit des Täters zur Bildung des Schuldvorwurfes heranzieht - soweit aus ihr gegen den Täter ein Vorwurf erhoben werden kann - hat vorwiegend dazu gedient, die Strafbestimmungen des § 20a und des § 51 Abs.2 StGB vom Standpunkt des Schuldstrafrechtes zu rechtfertigen⁶⁾.

Er hat sich aber bei der allgemeinen Bestimmung des strafrechtlichen Schuldbegriffes nicht durchsetzen können.

Die herrschende Meinung steht auf dem Standpunkt, daß die Schuld auf die konkrete, zur Aburteilung stehende Tat bezogen werden muß, es also nur Einzeltatschuld gibt.

1) Schönke-Schröder Vorbem. § 51 V 1

2) Welzel, § 19 II 3

3) Eb.Schmidt, ZStW 69, S.372

4) Bockelmann, Materialien Bd.I, S.29

5) ZStW 57, S.688/89; Grundriß, S.84; LB § 36, § 74; Studienbuch, § 107

6) Heinitz, ZStW 63, S.75 .

Diese Auffassung¹⁾ ist auch allein mit einem Vergeltungsstrafrecht, für das die Strafe Grund und nicht Anlaß der Bestrafung ist, vereinbar. Wenn der Täter für seine Persönlichkeit oder seine ganze Lebensführung bestraft wird, so wird die Straftat zum Anlaß der Bestrafung und ist nicht mehr Strafgrund. Damit würde also der Gedanke der Tatvergeltung aufgegeben.

Es darf aber nicht verkannt werden, daß die Einzeltat nicht isoliert im Leben des Täters steht, sondern nur im Zusammenhang mit seiner Persönlichkeit begriffen werden kann²⁾.

Jede Schuld - auch die Einzeltatschuld - ist damit auch Lebensführungsschuld, da an jeder Tat die Persönlichkeit des Täters derart beteiligt ist, daß das Entstehen für die Tat zugleich ein Entstehen für das ist, was man ist³⁾. Wenn der Täter sein "So-handeln" zu vertreten hat, so vertritt er damit auch im Rahmen der Straftat sein "So-sein".

- c) Es muß also davon ausgegangen werden, daß Schuld im Vergeltungsstrafrecht Verantwortlichkeit für die begangene Tat bedeutet⁴⁾.

Daraus folgt:

aa) daß für die Bestimmung der Schuldschwere der Zeitpunkt der Tat maßgeblich ist⁵⁾. Mit der Begehung der Tat

1) Mezger, LK Einl. vor § 51 IV Anm.11; Schönke-Schröder Vorbem. § 51 V 3 a; Welzel § 22; Maurach, AT, § 35 III 1

2) Schönke-Schröder, Vorbem. § 51 V 3 a; Mezger, LK Einl. vor § 51 IV Anm.11

3) Engisch, ZStW 66, S.359; Mezger, ZStW 51, S.865; Liepmann, ZStW 28, S.17; Maurach, AT, § 35 III 1; Bockelmann, Materialien Bd.I S.36 .

4) Gallas, S.14; Sauer, Goldt.A.1957, S.129; Jeschek, Goldt.A.56, S.109; Maurach, AT § 7 I A 2; Kriegsmann, VDA III J.222; Drost, NJW 1955, S.1266.

5) Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh.I 5 .

ist die Schuld zu einer festen Größe geworden. Das Verhalten des Täters, das der Tat folgt, kann das Schuldmaß nicht mehr verändern.

bb) daß die Bestrafung des Täters einer Straftat wegen nicht zur Bestrafung seiner Gesinnung oder seines Charakters im allgemeinen führen darf¹⁾.

- d) Es ist anerkannt, daß Schuld eine variable Größe²⁾, ein der Steigerung fähiger Begriff ist³⁾.

Die Schuld kann größer oder geringer sein, je wichtiger oder je geringfügiger die Anforderungen des Gesetzes sind und je leichter oder je schwerer es dem Täter war, ihnen nachzukommen⁴⁾. Der Vorwurf der Schuld ist um so schwerer, je weniger der Täter sich hat vom Gesetz beeinflussen lassen und je offensichtlicher er von ihm abgefallen ist.

Das Maß der Schuld bestimmt sich damit nach dem Grad der Vermeidbarkeit einer bestimmten Tat durch einen bestimmten Täter⁵⁾.

Da die Schuld nicht nur Entstehungsgrund für die Strafe, sondern auch Bemessungsfaktor ist, ihr also eine die Strafe modifizierende Rolle zukommt⁶⁾, genügt es nicht, festzustellen, daß der Täter die Tat schuldhaft begangen hat, i.d.S. daß er sie hätte vermeiden können und müssen. Diese Feststellung wird auch der Einzeltatschuld nicht gerecht. Es muß vielmehr festgestellt werden, in welchem Grade die Straftat für den Täter vermeidbar war.

1) Mezger, LK Einl.vor § 51 IV Anm.11; Schönke-Schröder, Vorbem. § 13-VIII 3,5 g; Vorbem. § 51 V 3 b,c; Sauer, Allgem.Strafrechtslehre, § 32 I 3; Seibert, DRiZ 1955, S.35; KMR § 267 Anm.9 A II; BGH NJW 1954 S.1416 = MDR 1954,S.693.

2) Eb.Schmidt, ZStW 69,S.372

3) Hülle, DRiZ 1951,S.35; Welzel, § 19 II 3; Mezger LB § 74 III

4) Welzel, § 19 II 3

5) Hülle, DRiZ 1951,S.35

6) Drost, NJW 1955, S.1256

Diese Feststellung verlangt ein Eingehen auf die Persönlichkeit des Täters im allgemeinen. Diese allgemeine Persönlichkeitswertung muß dabei jedoch immer in enger Beziehung mit dem Tatwillen bleiben¹⁾, um eine Charakter- oder Gesinnungsbestrafung zu vermeiden.

Die Tat des Täters ist also nicht isoliert zu betrachten, sondern eingebettet in sein Leben und Handeln, soweit dies mit der Straftat im Zusammenhang steht²⁾. Insoweit kann auch eine "Lebensführungsschuld" des Täters bei der Bestimmung des Schuldmaßes im Einzelfall eine Rolle spielen³⁾.

5. Verhältnis der Strafzwecke zueinander.

- a) Eine Berücksichtigung general- und spezialpräventiver Forderungen bei der Bestimmung des Strafmaßes im Einzelfall - wie sie von der herrschenden Meinung vom Grundsatz der gerechten Vergeltung ausgehend gefordert wird - ist aber nur möglich, wenn die Schuldstrafe zu keiner absoluten Größe führt, sondern einen Spielraum läßt, in welchem diese Strafzwecke berücksichtigt werden können. Die nach der Schuld bemessene Strafe muß eine engere Rahmenstrafe innerhalb des weiteren gesetzlichen Strafrahmens ergeben⁴⁾.

aa) Ob dieses der Fall ist, ist bestritten; doch kann wohl angenommen werden, daß die herrschende Meinung sich dieser "Spielraumtheorie" angeschlossen hat. Die Spielraumtheorie geht davon aus, daß die Schuldstrafe

1) Sauer, Kriminologie, S. 364; Schönke-Schröder Vorbem. § 13 VIII 3; KMR § 267 A II: Jagusch LK Vorbem. § 13 B IV 1 c.

2) Schönke-Schröder, Vorbem § 13 VIII 3

3) KMR § 267. 9 A II

4) Koffka, JR 1955, S. 325

nicht zu einer konkret bestimmten Strafe führt¹⁾, sondern daß Entscheidungen innerhalb eines bestimmten Rahmens als zutreffend, richtig und gerecht angesehen werden müssen²⁾.

Die Vertreter der Spielraumtheorie geben zwar zu, daß eigentlich einer schuldhaften Tat nur eine Strafe entsprechen könne - wie es ihnen von ihren Gegnern vorgehalten wird³⁾ - , sie halten diese Erkenntnis aber für praktisch undurchführbar⁴⁾. Es könne dem Richter nicht zugemutet werden, die dem Einzelfall allein und ausschließlich angepaßte Strafe im Sinne höchster Gerechtigkeit zu ermitteln⁵⁾.

Diese Forderung sei in der Praxis undurchführbar, da dann verlangt werden müsse, daß der Richter - nachprüfbar - feststelle, warum nur diese eine Strafe für die zur Aburteilung stehende Tat gerechtfertigt sei. Kein Richter könne aber belegen, weshalb er im Einzelfall sechs und nicht sieben Monate Gefängnis als die verwirkte Strafe angesehen habe⁶⁾. Die Strafzumessung, die auf der Würdigung menschlicher Persönlichkeiten beruhe, die rational niemals völlig zu durchdringen seien, erfolge weitgehend nach dem Gefühl und den Wertvorstellungen des Richters, so daß es niemals möglich sein könne, alle zu ihr führenden Faktoren in das Licht des Bewußtseins zu heben und nur auf Grund rationaler Erwägungen die Strafhöhe zu be-

1) BGH 7, 32, 89; Spendel, S. 238; Dreher, NJW 1951, S. 574

2) Peters, Strafrichter, S. 48, Strafzumessung, S. 738; Gutachten, S. 21; Hülle, DRiZ 1951, S. 38

3) Jagusch, LK, Vorbem. § 13 A II; Eschmidt, ZStW 69, S. 373, SJZ 1946, S. 209; Finger, S. 40; v. Weber, MDR 1949, S. 390; Schneidewin, JZ 1955, S. 506, 507

4) OGHbz 2, 145; Koffka, JR 1955, S. 325; OLG Köln, SJZ 1947, S. 561 mit Anm. Dreher S. 562 ff.

5) Durchholz. Goldt. A. 35, S. 273

6) Dreher, SJZ 1947, S. 563

rechnen. Die Bewertungsmaßstäbe bei der Strafzumessung entzögen sich innerhalb bestimmter Grenzen einer exakten Normierung. Man spreche daher sowohl von strengen wie milden "gerechten" Strafen¹⁾. Für den Richter gebe es daher einen Spielraum, der durch die "schon schuldangemessene" Strafe nach unten und durch die "noch schuldangemessene" Strafe nach oben begrenzt sei²⁾ und innerhalb dessen Grenzen das freie Ermessen des Strafrichters walte. Dieser Spielraum ermögliche es, schon bei der Festsetzung der Strafe auch die weiteren Strafzwecke zu berücksichtigen, soweit und so lange die dann gefundene Strafe noch schuldangemessen sei³⁾.

bb) Es darf nicht verkannt werden, daß die Spielraumtheorie im Grunde eine "Kapitulation" vor dem Grundsatz der gerechten Vergeltung enthält.

Wäre es dem Tatrichter möglich, den Schuldgehalt einer einzelnen Tat voll auszuschöpfen und vor allem sich alle Erwägungen bei der Bestimmung der Schuldhöhe bewußt zu machen, so könnte es als gerechte Vergeltung nur eine Strafe geben. General- und spezialpräventive Zwecke könnten sich nur insoweit auswirken, als sie dieser Schuldstrafe innewohnen.

Diese eine Strafe kann der Richter aber nicht eindeutig finden, festsetzen und belegen, so daß das Ziel der Vergeltungsstrafe nur annähernd, d.h. in einem bestimmten Rahmen, erreicht werden kann.

Die Anerkennung nur einer Strafe als schuldangemessen, würde gleichzeitig bedeuten, daß die Strafzumessung keine Ermessensentscheidung des Richters mehr wäre und damit die Strafzumessung im vollen Umfange revisibel

1) Koffka, JR 1955, S.325; Krumme, DRiZ 1955, S.208; Dreher, SJZ 1947, S.563; v.Weber, MDR 1949, S.390

2) BGH 7, S.32, 89

3) v.Weber, Strafzumessung, S.12 .

würde¹⁾. Wenn aber der Tatrichter schon nicht imstande ist, sich alle Erwägungen zur Bestimmung der Schuldhöhe bewußt zu machen, so kann der Revisionsrichter, der bei seiner Beurteilung auf die im vorinstanzlichen Urteil festgelegten Strafzumessungsgründe beschränkt ist, noch viel weniger nur anhand dieser festgelegten Strafzumessungsgründe das erstinstanzliche Urteil danach überprüfen, ob die eine gerechte Strafe gefunden wurde. Schon aus diesem Grunde ist die Spielraumtheorie gerechtfertigt.

Sie ist aber weiter deshalb gerechtfertigt, weil sie dem Richter die Möglichkeit gibt, seine eigene Unsicherheit der schuldangemessenen Strafe gegenüber zu verringern. Ein Richter, der im Einzelfall sowohl eine Strafe von 3 wie 4 Monaten Gefängnis als Strafe für schuldangemessen hält, erhält durch die Heranziehung der Gedanken der Spezial- und Generalprävention die Möglichkeit, sich für eine Strafe von 3,3 1/2 oder 4 Monaten Gefängnis zu entscheiden.

Nur in diesem Sinne gibt es einen "Spielraum" für den Tatrichter. Es gibt ihn nicht in dem Sinne, daß der Tatrichter, wenn er sowohl 3 wie 4 Monate Gefängnis für schuldangemessen hält, damit seine Strafzumessungstätigkeit einstellen und entweder 3 oder 4 Monate Gefängnis verhängen könnte. Der Tatrichter darf seine Strafzumessungstätigkeit erst dann einstellen, wenn er eine Strafe als gerechtfertigt anerkannt hat²⁾.

Insofern widerstreitet die Spielraumtheorie auch nicht dem Ansehen des Richterspruches,³⁾ da sie nicht bedeutet, daß mehrere Strafen vom Tatrichter als schuldangemessen verhängt werden können, sondern nur, daß die Nachprüfung

1) s. Anm. S. 11

2) Jeschek, Goltd. A. 1956, S. 109

3) Schneidewin, JZ 1955, S. 507

infolge menschlichen Unvermögens sich darauf beschränken muß, mehrere Strafgrößen als schuldangemessen anzuerkennen.

- b) aa) In einem Vergeltungsstrafrecht, daß die Bestrafung des Straftäters nach dem Maße seiner Schuld fordert, können die Strafzwecke der General- und Spezialprävention daher nur im Rahmen der Schuldstrafe berücksichtigt werden. Sie müssen der Schuldstrafe untergeordnet werden. Vergeltung und Prävention stehen nicht gleichberechtigt nebeneinander, sondern Prävention ist nur zulässig im Rahmen der Vergeltung¹⁾.

Dieser Standpunkt wird auch von der herrschenden Lehre vertreten²⁾.

bb) Eine andere Auffassung vertritt Dreher³⁾, der es für zulässig hält, eine über das Maß der Schuld hinausgehende Strafe zu verhängen, wenn der Abschreckungs- oder Erziehungszweck der Strafe es fordern, da anderenfalls die verschiedenen Funktionen einer mehrdimensionalen Strafe in gefährlicher Weise beschnitten würden.

Diese Auffassung ist jedoch vom Standpunkt der herrschenden Lehre, wie sie auch hier vertreten wird, nicht haltbar.

1) Maurach, AT, § 63 I 3

2) Koffka, JR 1955, S.324,325; Krumme, DRiZ 1955,S.210; Wimmer, JR 1947, S.138,139; KMR § 267 Anm.9 A a; Jagusch LK Vorbem.§ 13 B I 2; Nagler, LK Vorbem. § 13 I 2; Geier in L-R § 267 Anm.10 a; Peters, Strafrichter, S.68, Strafzumessung, S.739; Sauer, Allgem-Strafrechtslehre, § 31 II 1; Schönke-Schröder, Vorbem. § 13 VIII 1; v.Weber, Grundriß § 3, Richterliche Strafzumessung, S.9

3) SJZ 1947, S.565; ZStW 65, S.486; in Dreher-Maassen Vorbem. § 13 I 1 b .

Jedes Überschreiten der Schuldstrafe bedeutet, daß die Strafe nicht mehr als Vergeltung angesehen werden kann, sondern zur Zweckmaßnahme wird. Die Beschneidung der Präventionsfunktionen der Strafe ist damit nicht gefährlich, sondern notwendig zur Erhaltung der Vergeltungsstrafe.

In vielen Fällen ist es unmöglich, alle Strafzwecke in einer Strafe voll zu erfüllen. Nur in Ausnahmefällen wird die Schuldstrafe geeignet sein, die im Einzelfall notwendige Allgemeinabschreckung und Erziehung, Abschreckung und Sicherung des Täters auszuüben. Diese Zwecke können auseinanderstreben und verschiedene Strafen fordern. Um diese Antinomie der Strafzwecke zu lösen, ist es erforderlich, einen Grundsatz an die Spitze zu stellen, dem sich die anderen Strafzwecke unterzuordnen haben. Im Vergeltungsstrafrecht müssen daher die Präventionszwecke vor dem Grundsatz der gerechten Vergeltung zurücktreten.

c) aa) Das Reichsgericht stellte Vergeltung und Abschreckung gleichwertig nebeneinander, ohne eine Einschränkung dahingehend zu machen, daß nur im Rahmen der schuldangemessenen Strafe generalpräventive Zwecke berücksichtigt werden dürfen¹⁾. Die sonstigen Strafzwecke sollen dagegen zurücktreten.

bb) Die Berechtigung der Generalprävention als eines selbständigen Strafzweckes wurde schon immer bezweifelt²⁾. Es wurde als "geradezu unerträglich" empfunden, einen Verbrecher nach dem Maß zu bestrafen, das erforderlich ist, um auf Fremde, die eventuell im Zuhörerraum sitzen,

1) RG 58,109; 61,417; 65,230; Goltd.A. 55,S.308;
DR 1943, S.138

2) z.B. Clausius, GS 57, S.407 .

einen abschreckenden Eindruck zu hinterlassen¹⁾.

Es wurde auch darauf hingewiesen, daß in keinem Fall gewährleistet sei, daß die Abschreckungsstrafe auch die erwünschte Wirkung ausübe. Der Kreis von Personen, die von einem Einzelurteil hören, ist meistens klein und zudem völlig zufällig zusammengesetzt. Ob sich in ihm gerade diejenigen befinden, die als "Gleichgesinnte" eine Abschreckung nötig haben, ob sie sich tatsächlich von der Begehung gleicher oder ähnlicher Straftaten abschrecken lassen, ist jedoch ungewiß²⁾.

Nach dem Krieg wurde die Kritik an der Generalprävention wieder aufgenommen und angeregt, sie bei der Einzelstrafzumessung überhaupt außer Betracht zu lassen³⁾.

cc) Die Obergerichte verlangten nach 1945, daß der Sühne- und der Abschreckungszweck abgewogen sein müßten⁴⁾. Der Gedanke der Abschreckung dürfe die Strafhöhe nicht allein bestimmen⁵⁾.

Die gleiche Auffassung vertritt der BGH⁶⁾. In einer Entscheidung im Jahre 1954⁷⁾ schloß er sich der von der herrschenden Lehre vertretenen Spielraumtheorie an, indem er feststellte, daß der Richter aus dem Gedanken der Allgemeinabschreckung die schwerste innerhalb des Rahmens der Schuldstrafe liegende Strafe verhängen könne, ohne sich eines Rechtsverstoßes schuldig zu machen.

1) Sauer, Kriminalsoziologie, § 10 I 1 b

2) Eb.Schmidt, ZStW 67, S.193

3) Dreher, NJW 1951, S.492/93 = Anm.zum Urteil des BayObLG vom 13.12.1950; Eb.Schmidt, Materialien Bd.I, S.18/19

4) OLG Koblenz, SJZ 1947, S.442 = HEST 1, S.101; OLG Hessen SJZ 1946, S.235

5) OLG Hamm, NJW 1952, S.799; SJZ 1950, S.845; OLG Hamburg, HEST 2, S.228; OLG Schleswig, VRS 8, S.216; OGHbZ 2, S.103

6) BGH 6, S.125

7) BGH 7, S.32 u.89

Der Gedanke der Generalprävention darf also auch nach der Auffassung des BGH nicht ohne Rücksicht auf das Maß der persönlichen Schuld des Täters verwertet werden und zu einer Strafe führen, die nicht mehr als gerechte Vergeltung für Tat und Tatschuld erscheint.

Insoweit ist die Berücksichtigung der Generalprävention mit dem Vergeltungsstrafrecht vereinbar - wie oben ausgeführt wurde -, deshalb zulässig und gerechtfertigt. Der Rechtsprechung des BGH muß zugestimmt werden.

- d) Auch die Berücksichtigung spezialpräventiver Zwecke ist bei der Bestimmung des Strafmaßes im Einzelfall nur im Rahmen der schuldangemessenen Strafe zulässig. Eine Überschreitung der Schuldstrafe, um den Täter abzuschrecken, zu erziehen und die Allgemeinheit vor ihm zu sichern, wäre mit der Idee der gerechten Vergeltung unvereinbar, da die Erfüllung dieser Zwecke von einer Prognose für die Zukunft abhängt und die Straftat vom Strafgrund zum Strafanlaß werden würde.
- Es ist zwar anerkannt, daß die Strafe auch diesen Zwecken dienen soll¹⁾, doch erfüllt auch die Vergeltungsstrafe diese Aufgaben. Die Vergeltungsstrafe ist ein wesentliches Mittel zur Erziehung²⁾ und Abschreckung des Täters, sie sichert zugleich die Gesellschaft zumindest für die Dauer einer Freiheitsstrafe vor dem Rechtsbrecher³⁾.
- Die Tatsache, daß dieser nach dem Maß seiner Schuld bestraft wird, wird auf ihn sogar unter Umständen erzieherischer wirken als eine Strafe, die allein danach bestimmt ist, ihn zu "resozialisieren". Im ersteren Fall kann er sich leichter darüber klar werden, weshalb er

1) RGJW 1930, S.713; Niethammer, SJZ 1948, S.702

2) Bockelmann, JZ 1951, S.497; Dreher, ZStW 65, S.484; Oetker, GS 70, S.353; Sauer, ZStW 50, S.706

3) Sauer, Kriminalsoziologie, § 10 I 1 b

bestraft wird, während dies ihm im letzteren Falle, besonders hinsichtlich des Strafmaßes, Schwierigkeiten deshalb bereiten wird, weil ihm häufig die Vergleichsmöglichkeiten fehlen werden, um das Ausmaß seines sozialwidrigen Verhaltens zu beurteilen.

Ähnlich verhält es sich mit der Abschreckung. Die Schuldstrafe übt wie jede Strafe auf den Verurteilten eine abschreckende Wirkung aus. Die Aussicht, daß er bei weiteren Vergehen wieder nach dem Maß seiner Schuld bestraft werden wird, kann eine abschreckendere Wirkung für den Täter haben, als wenn er sich von der ihm evtl. erwartenden Strafe keine Vorstellung machen kann, da die notwendige Allgemeinabschreckung Dritter sich nach Maßstäben bestimmt (Stand der Kriminalität in einem bestimmten Gebiet, Überhandnehmen bestimmter Delikte usw.), die ihm nicht bekannt sein können.

Der Gesichtspunkt der Sicherung ist eine Nebenerscheinung der Strafe. Er darf auf das Strafmaß keine selbständige Wirkung ausüben, da die Sicherung von allen Präventionszwecken einem Vergeltungsstrafrecht am fernsten steht. Erfordert insbesondere die Sicherung der Gesellschaft eine über das Schuldmaß hinausgehende Freiheitsentziehung, so dürfen diese Zwecke nicht mit der Strafe verfolgt werden. Hier beginnt das Gebiet der sichernden Maßnahmen.

- e) Von der Verfolgung spezialpräventiver Zwecke mit der Strafe ist die Frage nach der Strafempfindlichkeit des Täters zu unterscheiden.

Auch sie muß bei der Bestimmung des Strafmaßes berücksichtigt werden¹⁾. Doch ändert sie nichts an dem Grundsatz, daß die Strafe gerechte Vergeltung der Einzeltat sein muß, noch verändert sie das Maß der Schuld für die

1) OLG Hamm, NJW 1957, S.1003; Heinitz, ZStW 65, S.28; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B I 5

Straftat. Sie ist vielmehr ein Faktor, der das Maß des gerechten Ausgleiches in dem Sinne beeinflussen kann, als von ihr abhängig ist, welche Strafhöhe im Einzelfall einem bestimmten Schuldmaß entspricht. So wird eine geringere Strafe bei einem eindrucksfähigeren und daher strafempfänglicheren Täter die gleiche vergeltende Wirkung haben wie eine wesentlich strengere Strafe bei einem ihr weniger Zugänglichen¹⁾.

Die Beachtung der Strafempfindlichkeit bedeutet damit die Abstimmung der Strafhöhe als gerechte Vergeltung nach der psychischen Struktur des Täters.

1) Maurach AT, § 63 II A 2

II. T e i l

Das prozessuale Verhalten des Angeklagten als Strafzumessungsgrund im allgemeinen.

A. Strafzumessungsgründe im Vergeltungsstrafrecht.

Da die Strafzumessung - wie bereits festgestellt wurde - die Strafzwecke im Einzelfall verwirklichen muß, muß durch sie im geltenden Recht die Strafe gefunden werden, die sich als schuldangemessene Vergeltung der Einzeltat unter Berücksichtigung general- und spezialpräventiver Zwecke darstellt.

Strafzumessungsgrund kann daher nur sein, was zur Bestimmung dieser Strafe im Einzelfall dient.

I. Ausgangspunkte für die Strafzumessung.

Da die Strafe in erster Linie Vergeltung der schuldhaften Tat ist und die Gesichtspunkte der General- und Spezialprävention nur im Rahmen der Schuldstrafe berücksichtigt werden dürfen, ergeben sich für die Strafzumessung zwei Ausgangspunkte: Tat und Täter.

1. In einem Vergeltungsstrafrecht muß Grundlage der Strafzumessung die Straftat nach ihren objektiven Momenten, soweit sie wissend und wollend vom Täter bewirkt wurde, sein¹⁾.

Hierher gehören die Berücksichtigung von Umfang und Stärke der erfolgten Rechtsgüterverletzung, Gefährdung unbeteiligter Rechtsgüter, Art und Weise der vom Täter

1) Finger, S.78; Maurach, AT, § 63 II B 1 a;
Jagusch, LK Vorbem. § 13 B III; Schönke-Schröder,
Vorbem. § 13 VIII 3; Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh.
I 4; Sauer, Allgem. Strafrechtslehre § 32 I 1;
Mezger, Strafrecht, § 107 I 1

gewählten Handlung bei der Strafzumessung¹⁾.

2. Da die Vergeltungsstrafe schuldangemessen sein muß, bildet der Straftäter den zweiten Ausgangspunkt für die Bemessung der Strafe im Einzelfall, da die Höhe seiner Schuld festgestellt werden muß.

Es müssen bei der Strafzumessung alle Umstände und Gegebenheiten beachtet werden, die Aufschluß darüber geben können, wieviel Schuld des Täters in der Tat enthalten ist²⁾.

Da auch die Bestimmung der Einzeltatschuld ein Eingehen auf die Persönlichkeit des Straftäters in bestimmtem Umfang erforderlich macht, muß auch das Verhalten des Täters vor und nach der Straftat herangezogen werden, um das Maß der Schuld für die Straftat festzustellen.

Das prozessuale Verhalten des Angeklagten als Ausschnitt des Verhaltens nach der Tat kann daher auch nur bei der Bestimmung der Schuldhöhe eine Rolle spielen.

3. Die Strafzumessung muß sich damit nach der Schwere der Einzeltat und der Schuld des Täters ausrichten³⁾.

Die Strafzumessungsgründe im Vergeltungsstrafrecht müssen daher im Einzelfall feststellen, wie schwer der Verstoß gegen die Rechtsordnung und wie groß die Schuld des Täters ist.

1) Köhler, § 60 II 2 a; Maurach, AT, § 63 II B 1 a; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B III 1, 2 c, 3, 5, 6; Schönke-Schröder, Vorbem. § 13 VIII 4a-d; Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh. II A; Sauer, Allgem. Strafrechtslehre § 32 I 1 a

2) v. Weber, Strafzumessung, S. 10

3) RG 58, 109; 65, 230; OGH BZ 2, S. 219; 3, S. 34, 125; OGH BZ SJZ 1950, S. 432; OLG Hamm, NJW 1957, S. 1003; BGH 7, 216; BGH NJW 1951, S. 532; Schönke-Schröder, Vorbem. § 13 VIII, 3; KMR § 267 A b I; v. Weber, Grundriß § 3; Kallmann, Goltd. A. 54, S. 231

II. Zusammensetzung der Strafzumessungsgründe.

Die Strafzumessungsgründe setzen sich - worauf besonders Wimmer hingewiesen hat¹⁾ - aus Strafzumessungstatsachen und Strafzumessungserwägungen zusammen.

1. Strafzumessungstatsachen sind alle Tatsachen, die geeignet sein können, über die Schwere der Tat und die Schuld des Täters Auskunft zu geben, z.B. die besondere Begehungsart der Tat, Bedrohung der Gemeinschaft durch die Tat usw.

Strafzumessungstatsache kann insbesondere alles sein, was anzeigt, wieviel Schuld des Täters in der Tat enthalten, in welchem Umfange er an seine Tat gebunden ist und wie er auf die Strafe reagieren wird²⁾.

2. Durch die Strafzumessungserwägungen wertet der Richter die Strafzumessungstatsachen für die Bestimmung der Strafe im Einzelfall aus. Er stellt z.B. fest, daß auf Grund einer bestimmten Begehungsart die Tat besonders schwer wiegt und daß aus einer anderen Tatsache der Schluß gezogen werden muß, daß die Schuld des Täters besonders groß ist und daher eine hohe Strafe verhängt werden muß.

3. a) Bei der Feststellung der Strafzumessungstatsachen ist der Tatrichter durch den Anklagegrundsatz nicht beschränkt³⁾.

Das Gericht darf insbesondere im Rahmen der für das Strafmaß bedeutsamen Persönlichkeitswertung des Angeklagten Sachverhalte heranziehen, die sich einer strafrechtlichen Ahndung in dem bei ihm anhängigen Verfahren entziehen, die aber einen Schluß auf das Maß der Schuld

1) Wimmer, NJW 1947/48, S.127 ff.

2) Wimmer, NJW 1947/48, S.127

3) BGH NJW 1951, S.770

des Täters für die Straftat zulassen.

- b) Die Strafzumessungstatsachen müssen zur Überzeugung des Gerichtes voll erwiesen sein¹⁾. Sie müssen im gleichen Umfange bewiesen sein, wie die den Schuldspruch tragenden Tatsachen. Anderenfalls gilt für ihre Verwertung bei der Strafzumessung auch der Grundsatz "in dubio pro reo".
- c) Das Gericht muß die festgestellten Strafzumessungstatsachen für die Strafzumessung auswerten²⁾. Es ist verpflichtet, Strafzumessungserwägungen anzustellen.
- d) Die Strafzumessungserwägungen muß der Tatrichter auf Grund der Hauptverhandlung, die zur Verurteilung führt, selbständig anstellen und die Strafe auf Grund seiner eigenen Erwägungen bestimmt³⁾. Die Art, wie etwa Mittäter der Straftat von anderen Gerichten bestraft wurden, darf ihn dabei nicht beeinflussen.

B. Das Verhalten nach der Tat, insbesondere das prozessuale Verhalten des Angeklagten, als Strafzumessungsgrund im allgemeinen.

- I. Berücksichtigung von Verhaltensweisen des Straftäters nach der Tat im Gesetz.

Das Gesetz berücksichtigt Verhaltensweisen des Täters nach der Tat in den Vorschriften der §§ 46, 163 Abs.2, 310 StGB.

Das Gesetz gewährt in diesen Fällen Straffreiheit, wenn der Täter nach Begehung der Tat oder des Tatversuches den Erfolg seiner Handlung abwendet oder wenigstens verringert.

1) Geier in L-R § 267 Anm.10 b

2) OLG Koblenz, SJZ 1947, S.442

3) BGH NJW 1951, S.413, S.532 = MDR 1951, S.406

Hierin liegt zwar eine gesetzliche Strafzumessung für Verhaltensweisen nach der Tat, doch hat sie mit der Berücksichtigung dieser Verhaltensweisen durch den Richter nichts zu tun. Die Strafzumessung durch den Richter setzt vielmehr voraus, daß ein Straftatbestand durch den Täter nicht nur schuldhaft erfüllt wurde, sondern der Taterfolg auch - außer bei versuchten Delikten - eingetreten ist.

Aus diesen Vorschriften läßt sich damit für die Bewertung des Prozeßverhaltens des Angeklagten als Strafzumessungsgrund nichts entnehmen.

II. Berücksichtigung von Verhaltensweisen des Straftäters nach der Tat bei der Strafzumessung.

1. Da die Strafe im Einzelfall die Strafzwecke verwirklichen soll, hängt auch die Berücksichtigung des Verhaltens nach der Tat bei der Strafzumessung davon ab, welche Zwecke mit der Strafe verfolgt werden sollen. Die Bedeutung des Verhaltens nach der Tat und damit des prozessualen Verhaltens des Angeklagten für die Strafzumessung muß daher verschieden sein, je nachdem, welcher von den oben aufgeführten Strafzwecken im Vordergrund steht.
 - a) In einem reinen Vergeltungsstrafrecht, das als Strafmaßstab nur die Schwere der Tat und nicht auch die Schuld des Täters gelten läßt, bei dem also die Strafe ein "Rückschlag" gegen den Täter der Straftat wegen sein soll, hat das Verhalten nach der Tat und das Prozeßverhalten des Täters überhaupt keine Bedeutung. Diese Verhaltensweisen können an der Tat nichts mehr ändern und müssen bei der Strafzumessung ausscheiden, da die Schwere der Tat allein für die Bestrafung entscheidend ist.
 - b) Ebensowenig spielt das Verhalten nach der Tat dann eine Rolle, wenn die Strafe allein generalpräventiven Zwecken dienen soll. Hier ist für die Strafzumessung nur die

abschreckende Wirkung der Strafe auf die Allgemeinheit entscheidend. Die Person des Täters und damit auch sein Verhalten nach der Tat können die Strafzumessung nicht beeinflussen.

- c) Anders verhält es sich jedoch dann, wenn die Strafe spezialpräventiven Zwecken dienen soll.

Hier spielt das Verhalten des Täters nach der Tat und in dem gegen ihn anhängigen Strafverfahren die entscheidende Rolle, da Ausgangspunkt für die Bemessung der Strafe im Einzelfall der Täter ist, die Bedeutung der Straftat dagegen zurücktritt.

Um festzustellen, welcher Strafe es bedarf, um einen bestimmten Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuschrecken, um auf ihn erzieherisch einzuwirken und ihn zu resozialisieren, um die Allgemeinheit wirksam vor ihm zu schützen, ist erforderlich, eine allgemeine Persönlichkeitswertung des Täters vorzunehmen. In ihrem Rahmen muß auch das Verhalten des Täters vor und nach der Tat und damit auch das prozessuale Verhalten des Angeklagten berücksichtigt und bewertet werden. Daß diese Verhaltensweisen in einer Beziehung zu der Straftat stehen, ist dabei nicht erforderlich.

2. a) Da im geltenden Recht die Strafe die schuldhaftige Tat des Täters unter Berücksichtigung general- und spezialpräventiver Zwecke nach dem Maß der Tatschuld vergelten soll, kann das Verhalten nach der Tat und damit auch das prozessuale Verhalten des Angeklagten als solches die Strafzumessung nicht beeinflussen.

Bestraft wird der Täter wegen der in der Vergangenheit liegenden schuldhaften Tat. Ausgangspunkte für die Strafzumessung sind deshalb - wie festgestellt wurde - die Tat und der Täter.

An der Tat kann der Täter durch sein späteres Verhalten nichts mehr ändern. Bestraft werden darf er nur für die Straftat und nicht für sein Verhalten nach Begehung der

Tat¹⁾. Eine Bestrafung für späteres Verhalten des Täters ist deshalb mit einem Vergeltungsstrafrecht nicht vereinbar.

Auch das Schuldmaß ist im Zeitpunkt der Begehung der Tat zu einer festen Größe geworden und kann durch späteres Verhalten des Täters nicht mehr verändert werden²⁾. Das Verhalten nach der Tat, insbesondere das prozessuale Verhalten des Angeklagten kann daher als Verfahrenstatsache bei der Strafzumessung überhaupt nicht bewertet werden³⁾. Die strafmildernde oder strafschärfende Berücksichtigung eines bestimmten prozessualen Verhaltens als solchem bei der Strafzumessung ist mit dem geltenden Recht nicht vereinbar, da sie eine Bestrafung bzw. eine Strafmilderung eines Verhaltens wegen bedeuten würde, das nicht zur Aburteilung steht und auch die zur Aburteilung stehende Tat nicht verändern kann.

- b) Das Verhalten des Täters nach der Tat kann jedoch bei der Strafzumessung im Rahmen der Persönlichkeitswertung des Täters eine Rolle spielen.

Wie ausgeführt wurde, ist auch zur Feststellung der Tat-schuld ein Eingehen auf die Täterpersönlichkeit im allgemeinen erforderlich. Der Richter muß hierzu das Verhalten des Täters vor und nach der Tat heranziehen, soweit es einen Rückschluß auf das Maß der Schuld zuläßt.

Da aber nur die schuldhaftige Tat und nicht die Lebensführung oder der Charakter des Täters zu beurteilen ist, muß dieser Rückschluß sich auf die Schuld des Täters zur Zeit der Tat beziehen.

Das Verhalten nach der Tat und das Prozeßverhalten können einen solchen Schluß auf die Täterpersönlichkeit zur Zeit der Tat zulassen.

1) Böhne, ZStW 47, S. 452; Kurnicki, DJZ 1906, S. 537

2) Wimmer, JR 1947, S. 102; Mayer, ZStW 27, S. 922;
OGHBZ 2, S. 219 = SJZ 1950, S. 432

3) Wimmer, ZStW 50, S. 585; Maurach, AT, § 63 II B 3

Sie können daher nur als Indiz für die Schuld des Täters zur Zeit der Tatbegehung bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

Auf diesem Standpunkt steht auch die herrschende Meinung¹⁾, die dem Prozeßverhalten bei der Strafzumessung nur insofern Bedeutung zumißt, als es geeignet ist, sichere Schlüsse auf das Maß und die Intensität des Verschuldens, auf die Einstellung des Täters zu den Gemeinschaftsanforderungen und zu seiner Tat zu ziehen.

Ein prozessuales Verhalten des Angeklagten darf also nur dann strafmildernd oder strafscharfend berücksichtigt werden, wenn aus diesem Verhalten auf ein geringes bzw. ein hohes Maß der Tatschuld geschlossen werden kann.

Hierbei sind die Ausdrücke "strafmildernd" oder "strafscharfend" ungenau. Es handelt sich nicht darum, eine bereits für den Einzelfall bestimmte Strafe auf Grund der Bewertung des Prozeßverhaltens als Schuldindiz zu mildern oder zu verschärfen, sondern die Bewertung des Prozeßverhaltens dient dazu, die Strafe im Einzelfall zu finden.

Je nachdem ob das Prozeßverhalten einen Schluß auf eine hohe oder geringe Tatschuld rechtfertigt, muß die Strafe milder oder strenger ausfallen. Die Ausdrücke "strafmildernd" oder "strafscharfend" im Zusammenhang mit prozessualen Verhaltensweisen des Angeklagten müssen deshalb so verstanden werden, daß eine geringe bzw. hohe Strafe auf Grund des Rückschlusses auf die Tatschuld gerechtfertigt ist.

Dem prozessualen Verhalten des Angeklagten kommt damit bei der Strafzumessung nicht die große Bedeutung zu, die

1) BGH 1, 342; 4, 8; BGH NJW 1954, S. 1416 = MDR 1954, S. 693; BGH NJW 56, S. 1164; OGH BZ 2, 219; Jagusch, LK Vorbem. § 13 BVI a, b; Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh. IV 3; Geier in L-R § 267 Anm. 10 c; Eb. Schmidt, Materialien Bd. I, S. 26, 27; Schöнке-Schröder, Vorbem. § 13 VIII 5 g; Sauer, Kriminologie, § 21 A I 2 a; Sauer, Kriminalsoziologie, § 10 II A 2 zu 1 a, b, aa; Mayer, ZStW 27, S. 923; Wimmer, NJW 1947/48 S. 178; Glaser, NJ 1948, S. 48; Württenberger, JZ 1952, S. 546 .

ihm in der Praxis oft beigemessen wird, da sich seine zulässige Berücksichtigung bei der Strafzumessung in dieser symptomatischen Bedeutung für das Schuldmaß erschöpft.

III. Ausnahmen von der Verwertbarkeit prozessualer Verhaltensweisen des Angeklagten als Schuldindiz.

Bis jetzt ist davon ausgegangen worden, daß jedes Prozeßverhalten des Angeklagten, das einen Schluß auf die Tatschuld zulässt, bei der Strafzumessung verwertet werden kann.

Dieser Satz muß dahingehend eingeschränkt werden, daß es prozessuale Verhaltensweisen des Angeklagten gibt, die - obwohl sie im Einzelfall einen symptomatischen Wert für das Maß der Tatschuld haben können - bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden dürfen. Es lassen sich hier zwei Gruppen von prozessualen Verhaltensweisen unterscheiden.

Die Unverwertbarkeit der ersten Gruppe von Verhaltensweisen ergibt sich aus der besonderen Stellung des Angeklagten im heutigen Strafprozeß.

Die Unverwertbarkeit der zweiten Gruppe von Verhaltensweisen folgt aus dem Verbot der Doppelbewertung von Strafzumessungstatsachen.

1. Das Gesetz hat dem Angeklagten - wie noch im einzelnen ausgeführt werden wird - im Prozeß eine ganz bestimmte Stellung eingeräumt. Es hat ihm sowohl ausdrücklich das Recht, sich in bestimmter Weise zu verhalten, zugesprochen, wie ihm auch stillschweigend derartige Rechte eingeräumt, was sich daraus ergibt, daß es bestimmte Verhaltensweisen des Angeklagten nicht unter Strafe - auch nicht Ordnungsstrafen - gestellt hat, obwohl dies bei anderen Prozeßbeteiligten im entsprechenden Fall geschehen ist, sondern die Folgen dieser Verhaltensweisen anderweitig im Gesetz geregelt hat.

Weiter hat das Gesetz dem Angeklagten bestimmte Verteidigungsmittel ausdrücklich zur Verfügung gestellt. Macht der Angeklagte von diesen Verhaltensweisen Gebrauch, so handelt er nicht rechtswidrig und darf hierfür nicht bestraft werden.

Hat das Gesetz dem Angeklagten ein Recht auf ein bestimmtes Prozeßverhalten eingeräumt, so ist die Ausübung dieses Rechtes niemals rechtswidrig und darf deshalb auch zu keiner Bestrafung führen. Ebenso verhält es sich, wenn der Angeklagte ein ihm vom Gesetz zur Verfügung gestelltes Verteidigungsmittel benutzt. Dadurch daß das Gesetz ihm ein Verteidigungsmittel zur Verfügung stellt, räumt es ihm ein Recht auf dessen Wahrnehmung ein.

Die Verwertung des Prozeßverhaltens als Schuldindiz mit der möglichen Folge des Rückschlusses auf eine hohe Tatschuld und damit einer hohen Strafe, bedeutet aber keine Bestrafung der dem Rückschluß zugrunde liegenden Verhaltensweise, sondern dient der Erkenntnis des Schuldmaßes für eine zur Aburteilung stehende Straftat.

Für die hier aufgeführten Verhaltensweisen muß jedoch gefordert werden, daß sie keine einer Bestrafung entsprechenden Nachteile für den Angeklagten mit sich bringen.

Ein Nachteil in diesem Sinne ist aber die Verwertung des Prozeßverhaltens bei der Strafzumessung insofern, als sie möglicherweise den Schluß auf eine hohe Tatschuld zuläßt und damit zu einer höheren Strafe führt als verhängt worden wäre, wenn dieses Prozeßverhalten nicht bei der Strafzumessung berücksichtigt worden wäre.

Wenn der Angeklagte, der von einem ihm ausdrücklich zuerkannten Recht Gebrauch macht, gegenwärtigen muß, daß aus einem berechtigten Verhalten der Schluß auf eine hohe Tatschuld gezogen wird und er deswegen u.U. mit einer höheren Strafe rechnen muß, als wenn er von seinem Recht keinen Gebrauch gemacht hätte, so trifft ihn die Straferhöhung seines berechtigten Verhaltens wegen

genau so wie eine Bestrafung des Verhaltens selbst und wird dazu führen, daß er in Zukunft von seinem "Recht" keinen Gebrauch mehr machen wird.

Damit kann aber von einem "Recht", sich in bestimmter Weise zu verhalten und bestimmte Verteidigungsmittel zu benutzen, nicht mehr gesprochen werden, da der Begriff des "Rechtes" erfordert, daß dem Berechtigten aus der Ausübung des Rechtes keinerlei Nachteile erwachsen, die geeignet sind, ihn an der Wahrnehmung seines Rechtes zu hindern.

Die Verwertung eines berechtigten Prozeßverhaltens als Schuldindiz, das der Gesetzgeber straffrei gelassen und dessen Folgen, die zwar eine Beeinträchtigung in der freien Ausübung des Rechtes darstellen, er aber anders als durch die Androhung von Strafen geregelt hat, würde gegen den Willen des Gesetzgebers verstoßen. Das Absehen von Strafe und insbesondere die anderweitige Regelung der Folgen dieses Verhaltens ergibt, daß den Angeklagten dieses berechtigten Verhaltens wegen keine anderen als die gesetzlich festgelegten Folgen treffen sollen. Auch hier verbietet sich also die Verwertung dieses Prozeßverhaltens als Schuldindiz.

Damit ergibt sich, daß prozessuale Verhaltensweisen des Angeklagten, die sich als die Ausübung eines dem Angeklagten eingeräumten Rechtes darstellen - sei es, daß der Gesetzgeber dem Angeklagten ausdrücklich ein Recht zugestanden oder stillschweigend durch die anderweitige Regelung der Folgen eines berechtigten Verhaltens festgelegt hat -, nicht als Schuldindiz bei der Strafzumessung verwertet werden dürfen. Der Richter muß diese Verhaltensweisen vielmehr bei der Strafzumessung völlig außer Betracht lassen. Er darf bei der Erforschung des Schuldmaßes für eine abzuurteilende Straftat nicht auf diese Verhaltensweisen zurückgreifen.

Die Sicherung der Stellung des Angeklagten im Strafprozeß geht hier der Erforschung der Einzelstrafat, soweit sie

sich hierzu des Täters bedient, vor. Der Richter muß auf andere Strafzumessungstatsachen zurückgreifen, um das Maß der Tatschuld festzustellen.

Die angeführten Verhaltensweisen können daher als "unverwertbare Strafzumessungstatsachen" bezeichnet werden.

2. a) Die herrschende Meinung in der Literatur¹⁾ und der Rechtsprechung steht einhellig auf dem Standpunkt, daß es verboten ist, den gesetzgeberischen Zweck ganzer Tatbestandsgruppen, bestimmter Tatbestände oder einzelner Tatbestandsmerkmale strafferhöhend heranzuziehen.

So darf nach der Rechtsprechung bei der Strafbemessung im Einzelfall die Höhe der Strafe nicht mit der Erwägung begründet werden, daß im Falle des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) Vollstreckungsbeamte energisch geschützt werden müßten²⁾, oder daß die hervorragende Bedeutung des Eides für die Rechtspflege eine strenge Bestrafung des Meineides erfordere³⁾, oder daß durch ein Tötungsdelikt ein Menschenleben vernichtet worden sei⁴⁾, oder daß im Falle des § 180 Abs. 3 StGB die Kuppelei mit Ausbeutung verbunden gewesen sei⁵⁾, oder daß das Kuppelunwesen zahlreiche Straftaten im Gefolge zu haben pflege⁶⁾, oder daß im Falle des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB die Jugend eines wirksamen Schutzes bedürfe⁷⁾ usw.

Begründet wird diese Auffassung damit, daß diese Gesichtspunkte bereits vom Gesetzgeber bei der Aufstellung der

1) Schönke-Schröder, Vorbem. § 13 VIII 8; Geier in L-R § 267 Anm. 10 c; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B II 1 d; KMR § 267 B c I; Eb. Schmidt, LK § 337 Anm. 56; Maurach, AT, § 63 II B 1 a.

2) KG JW 1928, S. 1070

3) RG HRR 1937 Nr. 616; BGH MDR 1953, S. 148

4) RG 57, S. 379; DJZ 1913, S. 412; BayObLG NJW 1954, S. 1211

5) RG HRR 1937 Nr. 898

6) BayObLG NJW 1951 S. 574

7) BGH - Dallinger MDR 1951, S. 276

Straftatbestände und der Strafraumen berücksichtigt worden seien und deshalb bei der Strafzumessung nicht nochmals verwertet werden dürften.

Das gilt insbesondere für die Verwertung von Tatbestandsmerkmalen für die Strafzumessung aus diesem Straftatbestand¹⁾. Hier dürfe der Richter nicht an die Stelle des Gesetzgebers treten und in die vom Gesetzgeber bei der Aufstellung der Strafraumen bereits vorgenommene Strafzumessung eingreifen.

Dreher²⁾ hat diesen Grundsatz allgemein folgendermaßen formuliert: "Es ist verboten, Umstände, die zur Bildung des Strafraumens geführt haben und für dessen gesamte Breite vorausgesetzt werden, bei der Zumessung der Strafe aus diesem Rahmen nochmals zu verwerten".

Er hat dann weiter ausgeführt, daß dieser Grundsatz auch dann zu gelten hat, wenn der Gesetzgeber mit Hilfe zusätzlicher Tatbestandsmerkmale qualifizierte oder privilegierte Strafraumen geschaffen habe. So dürfe z.B. - wie das RG³⁾ bereits entschieden habe - bei der Zumessung der Strafe aus § 292 Abs.2 StGB die Verwendung von Schlingen bei der Strafzumessung nicht strafscharfend berücksichtigt werden, oder bei der Zumessung der Strafe im Falle des Versuches aus dem Rahmen des § 44 Abs.2 StGB die Tatsache, daß die Straftat nur versucht wurde, strafmildernd wirken.

Das gleiche gelte für die Gesamtstrafenbildung durch den Richter⁴⁾. Hier seien die Einzelstrafen für jede Tat ohne Berücksichtigung der übrigen Taten zuzumessen. Die hierbei verwendeten Strafzumessungstatsachen müßten

1) RG 57,379; 70,230; RG DJZ 1913, S.412; RG Goltd.A.56, S.73,96; Maurach, AT, § 63 II B 1 a

2) JZ 1957, S.155 ff.

3) RG 70,223

4) Rechtspr. zu dieser Frage: RG 25,297; BGH 8,205 ff.; OLG Bremen HEst 2,232 ff.; OLG Köln NJW 1953, S.275

bei der Gesamtstrafenbildung außer Betracht bleiben. Nur bei dieser könne dem Umstand Rechnung getragen werden, daß der Täter mehrere Straftaten begangen habe, und damit ihr Gesamtgewicht abgewogen werden.

- b) Das Verbot der Doppelverwertung von Strafzumessungstat-sachen wird als feststehender Grundsatz und sicherer Besitz der Strafzumessungslehre angesehen¹⁾. Es war geplant, diesen Grundsatz im Rahmen der Strafrechtsreform im Gesetz selbst auszusprechen²⁾.

Reichsgericht, Bundesgerichtshof und Literatur begnügen sich - wie oben ausgeführt - als Begründung damit, daß diese Tatsachen bei der Aufstellung der Straftatbestände bzw. der Strafraumen berücksichtigt worden seien. Warum sich deshalb die erneute Verwertung verbietet, wird jedoch nicht ausgeführt, so daß das OLG Köln³⁾ nicht zu Unrecht von einem "niemals ernsthaft nachgeprüften Grundsatz" gesprochen hat.

Dieser Grundsatz muß auf die Forderung "ne bis in idem" zurückgeführt werden.

Diese Forderung, die in Artikel 103 Abs.3 GG niedergelegt ist, bedeutet in ihrer heutigen Auslegung durch Rechtsprechung und Literatur⁴⁾, daß eine Tat, die bereits rechtskräftig abgeurteilt ist, nicht ein zweites Mal Gegenstand einer Verurteilung sein darf. Wegen der bereits abgeurteilten Tat darf weder nochmals eine Strafe, die Kriminalstrafe ist, verhängt, noch wegen der Tat, die den gesamten geschichtlichen Vorgang umfaßt, den das

1) Dreher, JZ 1957, S.155

2) Dreher, ZStW 66, S.572

3) NJW 1953, S.275

4) Maunz-Dürig, Art.103 III Anm.123; Holtkotten, Bonner Komm. Art.103 Anm.4

Gericht im Rahmen des Eröffnungsbeschlusses abzuurteilen rechtlich in der Lage war, ein neues Strafverfahren anhängig gemacht werden¹⁾. Sie bezweckt damit die Verhinderung jeder Durchbrechung der materiellen Rechtskraft. Das Verbot, das in Art.103 Abs.3 GG aufgestellt wird, stellt jedoch darüber hinaus die Fixierung eines allgemeinen ungeschriebenen Rechtsgrundsatzes dar²⁾. Dieser Rechtsgrundsatz muß dahingehend formuliert werden, daß aus ein- und derselben Tatsache nicht zweimal zu ungunsten des Betroffenen Folgen abgeleitet werden dürfen. Dieser Forderung wird entsprochen, wenn es als unzulässig erachtet wird, innerhalb eines sog. "besonderen Gewaltverhältnisses", etwa eines Beamtenverhältnisses, aus derselben Handlung zweimal zu ungunsten Betroffenen Folgen abzuleiten³⁾, oder wenn die Ansicht vertreten wird, daß durch ein Strafurteil bei Amtsdelikten des Strafrechtes die Sühnefunktion der Disziplinarstrafe soweit "verbraucht" sei, daß die Disziplinarstrafe nur noch solche Übelzufügungen aussprechen dürfe, die dem Disziplinarzweck der Reinhaltung des Berufsstandes dienen⁴⁾.

Diesem allgemeinen Rechtsgrundsatz entspricht auch das Verbot der Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen. Dadurch, daß eine Strafzumessungstatsache bereits in der Aufstellung des Straftatbestandes verwertet wurde, wird sie dem Täter bereits zur Last gelegt. Sie äußert für ihn ungünstige Folgen insofern, als sie - zusammen mit anderen Tatbestandsmerkmalen - strafbegründend wirkt. Deshalb darf aus ihr nicht nochmals eine ungünstige Folge, als welche sich eine Straferhöhung darstellen würde, gezogen werden.

1) Maunz-Dürig, Art.103 III Anm.125, 126,127;
Holtkotten, Bonner Komm. Art.103 Anm.4

2) Holtkotten, Bonner Komm. Art.103 Anm.4

3) OVG Lüneburg DVBl 1951, S.577

4) Maunz-Dürig, Art.103 III Anm.128

- c) Aus dem sich aus dem erweiterten Grundsatz des "ne bis in idem" ergebenden Verbot der Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen ergibt sich für das prozessuale Verhalten des Angeklagten bei der Strafzumessung: Ein prozessuales Verhalten des Angeklagten, das einen Straftatbestand erfüllt, darf bei der Strafzumessung für das Delikt, in dessen Strafverfahren das Verhalten ausgeübt wurde, nicht berücksichtigt werden.

Auch in diesen Fällen ist das Verhalten als Strafzumessungstatsache durch die Aufstellung eines gesetzlichen Straftatbestandes bereits "verbraucht". Im Unterschied zu der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen handelt es sich hier jedoch nicht um die Strafzumessung für das Delikt, in dessen Tatbestand die Strafzumessungstatsache bereits verwertet wurde, sondern das Delikt, für das die Strafe zugemessen werden soll, ist ein anderes als das, bei dem die Strafzumessungstatsache strafbegründend bei der Aufstellung des Tatbestandes verwertet wurde.

Was aber für die Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen gilt, muß auch für die Doppelverwertung ganzer Straftatbestände gelten.

In beiden Fällen ist die zugrunde liegende Forderung die gleiche. Wenn ein Tatbestandsmerkmal als Strafzumessungstatsache mit der Folge einer Strafschärfung verwendet wird, so werden dabei aus einer Tatsache ebenso zwei für den Betroffenen ungünstige Folgen abgeleitet, als wenn ein prozessuales Verhalten sowohl strafbegründend im Sinne des einen Deliktes als auch strafschärfend als Strafzumessungstatsache für ein weiteres Delikt gewertet wird.

Der Richter darf also ein prozessuales Verhalten, das einen gesetzlichen Straftatbestand erfüllt, nicht bei der Strafzumessung verwerten, damit verhindert wird, daß aus demselben Prozeßverhalten zwei für den Angeklagten nachteilige Folgen entstehen.

Auch diese Verhaltensweisen können damit als "unverwertbare" Strafzumessungstatsachen bezeichnet werden.

IV. Schwierigkeiten bei der Bewertung des prozessualen Verhaltens des Angeklagten als Schuldindiz.

Das prozessuale Verhalten des Angeklagten darf - mit Ausnahme bestimmter Verhaltensweisen - nur als Indiz für die Tatschuld bei der Strafzumessung verwertet werden, d.h. es darf nur dann zu einer Erhöhung der Strafe führen, wenn aus ihm geschlossen werden kann, daß der Täter sich in besonders hohem Maße von den Anforderungen des Gesetzes nicht beeinflussen ließ und von ihm abgefallen ist, obwohl er das Unrechtmäßige seines Handelns hätte erkennen können und müssen.

Hierzu ist eine allgemeine Persönlichkeitswertung des Täters, soweit sie mit der Straftat in Beziehung steht, erforderlich. Nur im Rahmen dieser allgemeinen Persönlichkeitswertung darf das prozessuale Verhalten des Angeklagten berücksichtigt werden - wie ausgeführt wurde.

1. Eine allgemeine Persönlichkeitswertung stößt im Rahmen der Hauptverhandlung jedoch auf große Schwierigkeiten. Der Angeklagte befindet sich in der Hauptverhandlung in einer "Ausnahmesituation". Sein Verhalten vor Gericht kann völlig anders sein als sein Normalverhalten. Insbesondere ist seine Geistesverfassung eine andere als bei Begehung der Tat. Die Tat liegt abgeschlossen in der Vergangenheit. Der Täter hatte Gelegenheit, seine Tat zu überdenken, sich ihre Folgen vor Augen zu halten, sich zu überlegen, weshalb er sie begangen hat, und insbesondere sich darüber klar zu werden, welches Verhalten in der Hauptverhandlung für ihn am günstigsten wirken könnte.

Der Richter jedoch, der eine Persönlichkeitswertung, die auf den Zeitpunkt der Tat zurückgehen muß, vornehmen will, hat den Angeklagten, den er meist in der Hauptverhandlung zum ersten Mal zu Gesicht bekommt, nicht bei

der Tat in Aktivität gesehen und weiß nicht, in welcher Geistesverfassung der Angeklagte sich damals befand¹⁾.

Diese schwierige Situation macht psychologische Deutungen des Prozeßverhaltens damit notwendigerweise in der Mehrzahl der Fälle wenig verläßlich und unsicher²⁾, so daß von Grünwald³⁾ ein allgemeines Verbot der Bewertung des Prozeßverhaltens bei der Strafzumessung gefordert wird.

2. Die sich vor dem Richter auftürmenden Schwierigkeiten bei der Bewertung des Prozeßverhaltens des Angeklagten als Schuldindiz können aber dadurch verringert werden, daß er bestimmte Voraussetzungen prüft, bevor er einen Schluß aus dem Prozeßverhalten auf die Tatschuld zieht.
- a) Voraussetzung für die Verwertbarkeit eines Prozeßverhaltens als Schuldindiz im Einzelfall ist die Feststellung des Motives für das Prozeßverhalten.
Ein bestimmtes Verhalten als solches läßt allein noch keinen Schluß auf die Täterpersönlichkeit und erst recht nicht auf die Tatschuld zu. Das ergibt sich schon daraus, daß das Verhalten in der Hauptverhandlung nicht dem sonstigen Verhalten des Angeklagten zu entsprechen braucht und damit nicht ohne weiteres als Ausdruck seiner Persönlichkeit angesehen werden kann.
Die Feststellung des Motives für ein Prozeßverhalten bringt den Richter aber der Persönlichkeit des Angeklagten näher und ist besser geeignet, Aufschluß über seine Persönlichkeit zu geben als das Verhalten allein.
- b) Hat der Richter das Motiv einer Prozeßhandlung festgestellt, so muß er als nächstes untersuchen, ob dieses Motiv generell geeignet ist, einen Rückschluß auf die

1) Rumpf, S.127/28

2) Grünwald, MDR 1959, S.810; Clausius, GS 1957, S.426

3) Grünwald, NJW 1960, S.1941

Tatschuld zu ermöglichen.

Dabei wird der Richter finden, daß bei einer Vielzahl von Motiven ein solcher Rückschluß nicht möglich ist, da das Motiv in keinen Zusammenhang mit der Persönlichkeit des Täters zur Zeit der Tat und damit der Tatschuld gebracht werden kann. In diesem Fall darf dann das Prozeßverhalten die Strafzumessung nicht beeinflussen.

Ist es jedoch möglich, das Motiv mit der Persönlichkeit des Täters zur Zeit der Tat in Verbindung zu bringen, so beginnt damit die eigentliche Bewertung des Prozeßverhaltens als Schuldindiz. Der Richter muß jetzt prüfen, ob aus dem in der erkannten Weise motivierten Prozeßverhalten bei diesem Täter auf ein hohes bzw. geringes Schuldmaß geschlossen werden kann. Je nachdem wie diese Prüfung ausfällt, darf das Prozeßverhalten das Strafmaß erhöhend oder mildernd beeinflussen.

3. Die Feststellung der Motive eines Prozeßverhaltens, die der Richter vor der Bewertung des Prozeßverhaltens als Schuldindiz vornehmen muß, ist jedoch im Einzelfall mit großen Schwierigkeiten verbunden, da für jedes Prozeßverhalten eine Vielzahl von Motiven in Betracht kommt, die zu erkennen dem Richter zudem noch durch den Angeklagten - bewußt oder unbewußt - erschwert wird.

- a) Nach Wimmer¹⁾ können folgende Gruppen von Motiven unterschieden werden:

- aa) Egozentrische Motive.

Auf ihnen können die Prozeßhandlungen beruhen, durch die der Täter sich überhaupt oder wenigstens so lange wie möglich der Bestrafung entziehen will.

Diese egozentrischen Motive können einen materiellen und einen ideellen Inhalt haben.

Von egozentrischen Motiven mit materiellem Inhalt spricht

1) ZStW 50, S. 550

man dann, wenn der Täter durch ein Prozeßverhalten sich vor Strafe schützen will, um seine wirtschaftliche Existenz zu sichern, um die Vorteile der Tat zu retten oder eine Wiedergutmachung zu vermeiden usw.

Von egozentrischen Motiven mit ideellem Inhalt spricht man dann, wenn der Täter sich durch sein Prozeßverhalten der Strafe entziehen will, um eine Preisgabe seines Innenlebens zu vermeiden, um sich Scham und Verachtung zu ersparen, um sich die Achtung und Wertschätzung naher Angehöriger zu erhalten usw.

bb) Altruistische Motive.

Hierunter fallen die Prozeßhandlungen, durch die der Angeklagte vorwiegend anderen Personen nützen oder schaden will, wenn auch ich-bezogene Interessen mehr oder weniger versteckt eine Rolle spielen mögen.

Zu dieser Gruppe gehören Prozeßhandlungen, durch die der Angeklagte Mitschuldige schonen und zu Unrecht Verdächtige entlasten will, oder auch Mitschuldige oder deren Angehörige aus Rache, Schadenfreude oder Eifersucht mitbelasten will usw.

cc) Motive, die auf die Verwirklichung unpersönlicher Werte gerichtet sind.

Die letzte Gruppe von Motiven prozessualer Verhaltensweisen ist auf die Verwirklichung unpersönlicher Werte gerichtet. Hierzu zählen Prozeßhandlungen aus Wahrhaftigkeit, Ehrenhaftigkeit, Mut, Willen zur Sühne der Tat, Religiosität usw.

b) aa) Vom Motiv einer Handlung sind seine Motivation und sein Modus zu unterscheiden,

Motiv einer Handlung ist ihr wahrer Beweggrund.

Motivation ist die Angabe eines Grundes als Beweggrund¹⁾.

Die Motivation erfolgt durch den Handelnden, der angibt, aus einem bestimmten Motiv zu handeln.

1) Lohsing, S.65

Der Modus einer Handlung betrifft die Art und Weise, wie eine Handlung ausgeführt wird.

bb) Modus und Motivation einer prozessualen Handlungsweise können dem Richter die Erkenntnis des Motives erleichtern. Es gibt Motive, die mehr oder weniger stark schon ihrem Inhalt nach dahin tendieren, dem Modus ihr Gepräge zu geben. Andere Motive erfordern es dagegen, eine "falsche" Motivation und einen "falschen" Modus anzugeben, weil die Bekanntgabe des Motives durch Motivation und Modus den Zweck, der durch die Handlung verfolgt werden soll, illusorisch machen würde.

Modus und Motivation können dem Richter damit die Erkenntnis des Motives nicht nur erleichtern, sondern auch erschweren.

Es ist hier an die Fälle zu denken, in denen die Motivation das wahre Motiv verschleiert. Dieses ist dann der Fall, wenn der Angeklagte sein Motiv nicht angeben will oder kann.

Es wird vielfach davon ausgegangen, daß der Mensch über Vorgänge in seinem Innenleben, also auch über die Motive seiner Handlungen, Auskunft geben könne wie über die von ihm sinnlich wahrgenommenen Vorgänge der Außenwelt. Diese Auffassung geht jedoch an den Erkenntnissen der modernen Psychologie vorüber, nach denen das bewußte Ich nur ein geringer Teil des Psychologischen ist, der über dem großen Reservoir der unbewußten Triebe, Motive und Wertvorstellungen lagert und in großem Umfange von diesen abhängig ist. Alle Fragen nach den Motiven können von dem Angeklagten nur insoweit beantwortet werden, als sie dem bewußten Teil seiner Persönlichkeit zugänglich sind. Die oft wirksameren unbewußten Motive sind ihm selbst unbekannt¹⁾.

Es muß daher anerkannt werden, daß es Fälle gibt, in denen der Angeklagte über seine Motive keine zutreffenden

1) Sachs, Beweiswürdigung, S.19

Angaben machen kann, selbst wenn er es will¹⁾.

Hiervon ist der Fall zu unterscheiden, daß der Angeklagte über seine Motive keine Angaben machen will und deshalb eine mit dem Motiv nicht übereinstimmende Motivation und Modus der Handlungsweise nach außen hin vortäuscht.

Es können aber nicht nur Motiv und Motivierung einschließlich Modus einer Handlung nicht übereinstimmen, sondern es ist auch eine Divergenz von Motivierung und Modus denkbar. Das ist dann der Fall, wenn der Angeklagte z.B. seine Stellungnahme zur Tat in einer Art und Weise vorträgt, daß aus diesem Modus nicht auf die Motivierung und Motiv geschlossen werden kann.

Diese Schwierigkeiten, die bei der Erforschung des Motives einer Handlung auftreten können, können durch ein einfaches Beispiel deutlich gemacht werden:

Fall 1: Der Angeklagte gesteht unter Tränen und anderen Anzeichen innerer Bewegung, daß er die ihm zur Last gelegte Tat begangen hat (Modus).

Der Angeklagte beteuert, daß er die Tat bereue und sich niemals mehr eine Verfehlung werde zuschulden kommen lassen (Motivation).

Der Angeklagte gesteht die Tat, weil er sie sühnen will (Motiv).

Diesen Fall kann man als "Idealfall" bezeichnen, da Motiv, Motivation und Modus in Einklang stehen. Der Richter kann ohne Schwierigkeiten vom Modus und der Motivation auf das Motiv der Handlung schließen.

Fall 2: Der Angeklagte gesteht wiederum wie in Fall 1, daß er die Tat begangen hat (Modus).

Der Angeklagte beteuert, daß er die Tat bereue (Motivation).

Der Angeklagte gesteht, weil er sich von einem Geständnis eine Milderung der Strafe verspricht (Motiv).

In diesem Fall sollen Modus und Motivation das Motiv der

1) Sachs, Beweiswürdigung, S.90; Lohsing, S.65

Handlung verschleiern. Der Richter läuft Gefahr, aus Modus und Motivation auf ein falsches Motiv, nämlich Sühnebedürfnis, zu schließen.

Fall 3: Der Angeklagte gesteht ohne jedes Anzeichen innerer Beteiligung, daß er die ihm zur Last gelegte Straftat begangen hat (Modus).

Der Angeklagte äußert, daß er die Tat bereue (Motivation). Der Angeklagte gesteht, weil er die Tat sühnen will (Motiv).

In diesem Fall steht der Modus im Widerspruch zu Motivation und Motiv. Der Richter läuft Gefahr, aus dem Modus auf ein anderes als das wirklich gegebene Motiv zu schließen, nämlich auf Gleichgültigkeit, und der Motivation keinen Glauben zu schenken.

4. Es wurde bereits ausgeführt, daß der Richter nach Feststellung des Motives für eine Handlung prüfen muß, ob aus dem Motiv im allgemeinen und im Einzelfall ein Rückschluß auf die Tatschuld möglich ist.

a) Wimmer¹⁾ vertritt die Auffassung, daß aus dem Prozeßverhalten jedweden Modus', auch bei Kenntnis der Motive, nichts genügend Sicheres über die Einstellung des Täters zur Tat oder die Bindung seiner Persönlichkeit an die Tat abgeleitet werden kann, somit ein Rückschluß auf die Tatschuld grundsätzlich nicht, sondern nur beim Vorliegen ganz ungewöhnlich günstiger Ausnahmeverhältnisse "gelegentlich einmal" möglich ist.

Er führt aus, daß aus der Kenntnis der Motive sich ihr psychologischer oder gar charaktereologischer Stellenwert noch keineswegs bestimmen lasse. Dazu sei die Kenntnis über den Verlauf der inneren Vorgänge erforderlich, deren Resultat die Motive seien. Von diesen Vorgängen könne sich aber der Richter - auch nicht mit Hilfe des

1) ZStW 50, S. 576 ff.; ebenso: Grünwala, MDR 1959, S. 81 C, NJW 1960, S. 1942

Angeklagten, dem diese Vorgänge in großem Umfang unbewußt geblieben seien - eine sichere Kenntnis verschaffen.

- b) Der Auffassung von Wimmer muß entgegengehalten werden, daß es nach dem heutigen Strafrecht zu den Aufgaben des Richters gehört, innere Situationen zu erkennen und zu bewerten. Man denke nur an die Feststellung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit oder der Motive einer Straftat, die oft schon zur Subsumierung der Tat unter ein Strafgesetz erforderlich ist¹⁾.

Die Schwierigkeiten, die bei der Aufdeckung des Motives für eine Prozeßhandlung und bei der Verwertung des Motives für die Tatschuld auftreten, dürfen daher nicht dazu führen, die Möglichkeit eines Rückschlusses aus dem Prozeßverhalten auf die Tatschuld überhaupt zu verneinen²⁾. Daß diese Möglichkeit im Einzelfall gegeben sein kann, kann nicht in Zweifel gezogen werden, da auch das Prozeßverhalten in irgendeiner Form doch Ausdruck der Persönlichkeit des Angeklagten bleibt und diese bei der Bestimmung des Schuldmaßes - wie ausgeführt - berücksichtigt werden muß.

Um Mißbräuche bei der Verwertung des Prozeßverhaltens als Schuldindiz auszuschalten, muß es genügen, auf diese Schwierigkeiten bei der Bewertung hinzuweisen. Der Richter wird dann das prozessuale Verhalten einer sorgfältigen Prüfung unterziehen und jede schematische Bewertung vermeiden. Er wird und darf von dem Prozeßverhalten nur dann auf eine hohe oder geringe Tatschuld schließen, wenn er davon überzeugt ist, daß dieser Schluß im Einzelfall gerechtfertigt ist.

V. Der persönliche Eindruck des Richters vom Angeklagten in der Hauptverhandlung.

1. Von den typischen Verhaltensweisen des Angeklagten im Prozeß muß der persönliche Eindruck, den der Richter von

1) Sachs, SJZ 1949, S.104

2) Württenberger, JZ 1952, S.546

dem Angeklagten in der Hauptverhandlung gewinnt, unterschieden werden.

Diese Unterscheidung kann jedoch nicht voll durchgeführt werden, da beides insofern miteinander verbunden ist, als der persönliche Eindruck wesentlich von dem Prozeßverhalten abhängig ist. Er wird darüber hinaus aber noch von anderen Umständen wie der äußeren Erscheinung des Angeklagten, seinen Bewegungen, seiner Haltung, Sprache, Mienenspiel usw. bestimmt.

Das Prozeßverhalten des Angeklagten läßt sich in bestimmte typische Verhaltensweisen aufgliedern, während der persönliche Eindruck bei jedem Menschen auf jeden Menschen verschieden ist und sich dadurch jeder Typisierung entzieht.

Es ist nicht einmal möglich, den persönlichen Eindruck, den der Richter notwendig von jedem Angeklagten in der Hauptverhandlung erhält, in vollem Umfange bewußt zu machen oder gar in Worten auszudrücken.

2. Es ist anerkannt, daß der persönliche Eindruck für die Strafzumessung von Bedeutung ist¹⁾.

Er ist es insofern, als er jede Persönlichkeitswertung - zumindest unbewußt - mit beeinflußt.

Diese unbewußte Beeinflussung läßt sich in keinem Falle völlig ausschließen. Eine bewußte Auswertung des persönlichen Eindruckes bei der Strafzumessung durch den Richter ist jedoch nur im Rahmen der Strafzwecke zulässig, d.h. bei der allgemeinen Persönlichkeitswertung insoweit als hieraus auf die Tatschuld geschlossen werden kann, als Anzeichen der Gefährlichkeit und Sozialfeindlichkeit des Täters nur in dem Umfange, in dem diese spezialpräventiven Gesichtspunkte im Vergeltungsstrafrecht berücksichtigt werden dürfen, also im Rahmen der schuldangemessenen Strafe²⁾.

1) Dreher, Strafe, S.93, SJZ 1947, S.563; Geier in L-R. § 267 Anm.13

2) Sachs, SJZ 1949, S.105

Soweit der Richter sich bei der Strafzumessung von seinem persönlichen Eindruck leiten läßt, ohne die oben angegebenen Schranken zu durchbrechen, trifft er eine Ermessensentscheidung, deren Richtigkeit von seiner Menschenkenntnis abhängig ist und die auf Grund der mit jeder Bestimmung des persönlichen Eindruckes verbundenen Unwägbarkeiten auch nicht nachgeprüft werden kann.¹⁾

1) Grünwald, MDR 1959, S.810

III. Teil

Typische prozessuale Verhaltensweisen des Angeklagten als Strafzumessungsgrund.

§ 1 Das Schweigen des Angeklagten als Strafzumessungsgrund.¹⁾

A Vorbemerkung

I. Arten der Aussageverweigerung.

Der schweigende Angeklagte im Strafprozeß verweigert die Aussage.

Je nachdem zu welchen Punkten und in welchem Umfange er die Aussage verweigert, kann man unterscheiden:

1. die Aussageverweigerung zur Person oder zur Sache.

Im Falle der Aussageverweigerung zur Person macht der Angeklagte keine Angaben über seine Personalien, also Name, Wohnort, Geburtsort, Alter usw.

Im Falle der Aussageverweigerung zur Sache äußert sich der Angeklagte nicht zu dem gegen ihn erhobenen Vorwurf. Beide Arten der Aussageverweigerung sind im Rahmen einer Vernehmung im Vorverfahren und im Hauptverfahren möglich.

2. die Aussageverweigerung zur Anklage im ganzen oder zu einzelnen Punkten.

Eine Aussageverweigerung zur Anklage oder zu dem in ihr erhobenen Vorwurf im ganzen liegt sowohl dann vor, wenn der Angeklagte weder zur Person noch zur Sache irgendwelche Angaben macht, als auch, wenn der Angeklagte

¹⁾ Das Schweigen des Angeklagten wird deshalb bei der Untersuchung der typischen Verhaltensweisen des Angeklagten an erster Stelle behandelt, weil im Zusammenhang mit ihm die Stellung des Angeklagten im Strafprozeß, die auch für die anderen Verhaltensweisen von Bedeutung ist, am besten dargestellt werden kann.

zwar Angaben zur Person macht, die Angaben zur Sache aber in vollem Umfange verweigert.

Von einer Aussageverweigerung zu einzelnen Punkten der Anklage spricht man dann, wenn der Angeklagte zwar Angaben zur Person und auch zu einzelnen Punkten der Sache macht, jedoch über einzelne Fragen, die den gegen ihn erhobenen Schuldvorwurf betreffen, keine Auskunft gibt. Der Angeklagte kann in diesem Fall die Aussage zu einzelnen ihm zur Last gelegten Straftaten, wenn der Vorwurf mehrere Straftaten umfaßt, verweigern; er kann aber auch zu einzelnen ihn belastenden Tatsachen im Rahmen eines ihm vorgeworfenen Deliktes keine Angaben machen.

II. Gefahren der Aussageverweigerung für den Angeklagten.

In der Praxis kommt es selten vor, daß ein Angeklagter sich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen überhaupt nicht äußert, d.h. daß er die Aussage sowohl zur Sache wie zur Person verweigert.

Der Angeklagte, der bestrebt ist, alles zu seinen Gunsten Sprechende zur Geltung zu bringen, wird daher, wenn er glaubt, irgend etwas zu seiner Entlastung vortragen zu können, freiwillig aussagen¹⁾.

Anderenfalls müßte er das Risiko tragen, daß entlastende Tatsachen dem Gericht unbekannt bleiben oder von ihm nicht erkannt und damit nicht berücksichtigt werden²⁾.

Dieses Risiko wird der Angeklagte nur in Ausnahmefällen auf sich nehmen wollen.

Darüber hinaus weiß jeder Angeklagte, daß Schweigen im Normalfall gegen ihn spricht, daß er damit den Eindruck beim Gericht erweckt, er könne nichts zu seiner Entlastung vortragen, der gegen ihn erhobene Vorwurf sei also gerechtfertigt.

1) v.Hippel, StP § 48 III 2 Anm.3

2) KMR § 243,3

Häufiger als diese vollständige Aussageverweigerung kommt es vor, daß der Angeklagte sich zu einzelnen Punkten der gegen ihn erhobenen Vorwürfe nicht äußert. Aber auch dann geht er das Risiko ein, daß das Gericht hieraus für ihn ungünstige Schlüsse zieht.

Ob es gerechtfertigt ist, aus dem Schweigen des Angeklagten zu schließen, daß er die ihm vorgeworfene Tat begangen hat oder ob es gerechtfertigt ist, aus dem Schweigen auf das Maß der in der Tat enthaltenen Schuld zu schließen, soll hier noch dahingestellt bleiben. Es läßt sich jedenfalls nicht leugnen, daß die Praxis zu solchen Schlüssen neigt und auch der unerfahrenste Angeklagte davon weiß¹⁾.

III. Motive des Schweigens.

Das Schweigen eines Angeklagten kann die verschiedensten Motive haben.

Es ist möglich, daß die Scham über seine Tat ihn schweigen läßt, daß er fürchtet, Personen seiner Sympathie bloßzustellen, daß er besorgt, mit seiner wahren Sachdarstellung doch keinen Glauben zu finden oder sich hierdurch noch schwerer zu belasten.

Andererseits ist es möglich, daß er wirklich nichts Entlastendes anführen kann, daß er sich durch sein Schweigen einen Überblick darüber verschaffen will, welches Belastungsmaterial über ihn vorliegt, daß er gar nicht daran interessiert ist, dem Gericht das ihm bekannte Entlastungsmaterial vorzuführen, da er eine Verurteilung nicht verhindern will, z.B. um sich ein warmes Winterquartier zu verschaffen.

Weiter ist es denkbar, daß der Angeklagte aus Angst vor seinen Komplizen schweigt, die er belasten müßte, wenn er sich erfolgreich verteidigen wollte, oder daß er fürchtet, sich bei einer Aussage in Widersprüche zu verwickeln,

1) Henschel, GS, 74, S. 28, 29

weil er sich gegen die gegen ihn erhobenen Vorwürfe nur dann wirksam verteidigen könnte, wenn er eine andere - evtl. schwerwiegendere - Straftat, die den Strafverfolgungsbehörden noch unbekannt geblieben ist, aufdecken würde.

Alle diese Motive können, einzeln und auch miteinander verbunden, bei jeder der oben angeführten Möglichkeiten der Aussageverweigerung eine Rolle spielen.

B. Verweigerung der Aussage zur Sache.

I. Gesetzliche Regelung.

1. Nach § 136 Abs.1 Satz 2 StPO ist der Beschuldigte bei seiner ersten Vernehmung zu befragen, "ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle".

Das gleiche gilt nach § 243 Abs.3 StPO für die Vernehmung in der Hauptverhandlung.

Aus der Formulierung in § 136 Abs.1 Satz 2 StPO muß geschlossen werden, daß der Angeklagte nicht verpflichtet ist, Aussagen zur Sache zu machen. Das Gesetz stellt es in das Belieben des Angeklagten, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern will oder nicht.

2. Das Gesetz sieht keine Zwangsmittel vor, um den Angeklagten zu einer Aussage zu bewegen.

Eine dem § 70 StPO, der für den das Zeugnis oder die Eidesleistung ohne gesetzlichen Grund verweigernden Zeugen Verurteilung in die verursachten Kosten, sowie Ordnungsstrafen und Haft androht, entsprechende Vorschrift gibt es für den Angeklagten nicht.

3. Das Gesetz ordnet dagegen in § 343 StGB eine Bestrafung mit Zuchthaus für denjenigen an, der als Beamter in einer Untersuchung Zwangsmittel anwendet oder anwenden läßt, um Aussagen zu erpressen.

Welche Zwangsmittel zulässig bzw. unzulässig sind, ergibt sich aus dem Prozeßrecht.

Es wurde aber bereits ausgeführt, daß das Prozeßrecht keine Zwangsmittel zur Herbeiführung einer Aussage durch den Angeklagten vorsieht.

Das ergibt sich besonders aus § 136 a StPO, der jede Beeinträchtigung der freien Willensentschließung und Willensbetätigung durch Mißhandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei, Täuschung und Hypnose verbietet.

II. Das Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten zur Sache.

Aus diesen gesetzlichen Vorschriften ergibt sich, daß der Angeklagte nicht verpflichtet ist, Aussagen zur Sache zu machen. Er darf weder durch direkten noch indirekten Zwang zur Aussage gezwungen werden.

Da die zwangsweise Herbeiführung der Aussage rechtswidrig ist, kann die Verweigerung der Aussage nicht rechtswidrig sein. Da der Angeklagte somit keine Rechtspflicht zur Aussage hat, handelt der schweigende Angeklagte nicht rechtswidrig¹⁾. Der Angeklagte hat damit ein Aussageverweigerungsrecht.

Er ist berechtigt, auf die gegen ihn erhobenen Vorwürfe zu schweigen und braucht überhaupt keine Erklärung abzugeben. Er kann die Vernehmung in jedem Zeitpunkt durch die Weigerung, weitere Aussagen zu machen, beenden.

Dieses Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt²⁾.

1) Stock, § 40 IV 1; Baumann, Goltd.A. 1957, S. 407.

2) Bennecke-Beling, § 38 II a, § 91; Beling, § 62 II 3; Birkmeyer, § 21 II 1; Gerland, StP, § 48 II 2 b, § 73 I 2; Henkel, § 50 IV; v. Hippel, StP, § 48 III 2, § 63 I; Kern, § 25 1 c; KMR § 243, 3, § 136, 3; Peters, LB, § 28 IV 2; Rosenfeld, § 36 II, § 42 XIV; Eb. Schmidt, LK § 136 Erl. 9; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B VI b; Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh. IV 5; Tillmann in L-R § 136, 5; Schwarz, StPO § 136, 1 C, § 243, 2 A 3; Wimmer, ZStW 50, S. 538, 545; v. Kries, ZStW 9, S. 22; Radbruch, S. 121; Dohna, S. 106; Mezger, ZStW 40, S. 153; v. Kries, § 31 III, § 50 II; Puchelt, S. 278; Engelhard, ZStW 58, S. 343;

1. Das sich aus den oben angeführten gesetzlichen Vorschriften ergebende Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten charakterisiert seine Stellung im modernen Strafprozeß. Es gibt einen Grundsatz, der das ganze Verfahrensrecht beherrscht, Ausdruck. Dieser aus dem Akkusations- und Instruktionsprinzip folgende Grundsatz lautet: "Dem Angeklagten muß die schuldhaftige Begehung der ihm zur Last gelegten Straftat bewiesen werden". Es ist Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden und des Gerichtes, den Schuldbeweis zu führen. Der Angeklagte hat einen Anspruch darauf, überführt zu werden.

Er selbst ist nicht verpflichtet, an der Aufklärung mitzuwirken, den Schuldbeweis zu erleichtern oder in irgendeiner Weise zu seiner Überführung beizutragen.

Dieser Grundsatz, auf dem das geltende Strafverfahrensrecht aufbaut, ist unbestritten¹⁾.

Im Gegensatz zum Inquisitionsprozeß, der den Angeklagten als Objekt des Verfahrens betrachtete, als das wichtigste Beweismittel im Prozeß, der durch Strafen (Folter und Ungehorsamsstrafen) zur Abgabe wahrheitsgemäßer Erklärungen gezwungen werden konnte²⁾, ist der Angeklagte heute zur Prozeßpartei geworden. Seine Beweisfunktion hat hinter die Rechte als Prozeßpartei zurückzutreten.

Liepmann, ZStW 44, S. 668; Hellwig, GS 82, S. 415; Henschel, GS 74, S. 27; Käß, S. 467; Glaser, NJ 1948, S. 49; Baumann, Goldt. A. 1957, S. 407, 408; RG Dt. Strafr. 1920, S. 374; RMG 8, S. 209; BGH 1, 343; OLG Braunschweig NJW 1947/48, S. 150.

1) Birkmeyer, § 21 II 1; Bomhard, DR 1905, S. 238; Wimmer, ZStW 50, S. 538; Bennecke-Beling § 38 II a; Kohlrausch, JW 1925, S. 1441; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B VI b; Jagusch in L-R, § 337 I 2 a; Eb. Schmidt, LK § 136, Erl. 10; Maurach, AT, § 63 II B 3a bb; Ackermann, NJW 1950, S. 367; BGH 5, 238.

2) Kronecker, ZStW 7, S. 417.

Diesem Grundsatz folgt das Gesetz in § 136 Abs.2 StPO, wenn es vorschreibt, daß die Vernehmung dem Beschuldigten Gelegenheit geben soll, die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen und die zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen geltend zu machen. Die Vernehmung dient damit in erster Linie der Verteidigung des Beschuldigten und nicht seiner Überführung.

Es ist zwar die Aufgabe eines jeden Strafprozesses, die materielle Wahrheit zu erforschen und den Schuldigen der Bestrafung zuzuführen. Um dieses Ziel zu erreichen, darf aber um der Menschenwürde des Einzelnen willen der Angeklagte nicht zum Objekt des Verfahrens gemacht und zum Beweise gegen sich selbst gezwungen werden¹⁾.

Die materielle Wahrheit muß sich mit der Förderung des Angeklagten begnügen, die dieser ihr freiwillig entgegenbringt²⁾.

Daneben darf aber nicht verkannt werden, daß der Angeklagte auch Beweismittel ist³⁾. Es ergibt sich aus den Motiven⁴⁾, daß der Gesetzgeber auf die Beweisfunktion des Angeklagten nicht verzichten wollte, da die Aussage des Angeklagten in sehr vielen Fällen "sowohl den Stoff zu dem Umfange und zu der Richtung der Beweisaufnahme, als auch die Grundlage zu der der Verschuldung im einzelnen Falle entsprechenden Abmessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen weiten Strafrahmens" liefert. Der Gesetzgeber hat sich deshalb nicht entschließen können, auf eine Vernehmung des Angeklagten überhaupt zu verzichten⁵⁾ oder - wie im englischen Verfahren - auf die Frage zu beschränken, ob er sich schuldig bekenne oder nicht.

1) Radbruch, S.126

2) Birkmeyer, § 21 II 1; RMG 11,98

3) Tillmann in L-R, § 136,5; Mezger, ZStW 40,S.154;
Rosenfeld, § 36 II .

4) Hahn, Bericht der Kommission, S.1531

5) Hahn, Motive, S.1531 .

Der Angeklagte ist also auch Untersuchungsobjekt. Was er sagt, kann zu seiner Überführung dienen¹⁾. Ob er aber eine Aussage macht, steht in seinem Belieben. Er kann nicht gezwungen werden, dem Gericht Beweismaterial zu liefern.

2. Da das Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten Ausdruck seiner Stellung im gesamten Strafverfahren ist, ist es nicht nur auf die erste Vernehmung und die Hauptverhandlung beschränkt, wie man aus der Stellung der §§ 136 und 243 StPO im Gesetz entnehmen könnte, sondern gilt in jedem Stadium des Strafverfahrens und jeder Strafverfolgungsbehörde gegenüber.

Der Angeklagte hat also immer und allgemein das Recht zu schweigen²⁾.

3. a) Da der Angeklagte berechtigt ist, die Aussage zu verweigern, darf er für die Verweigerung der Aussage nicht bestraft werden. Es gibt keine Vorschrift, nach der der Angeklagte sich schuldig machen würde, wenn er schweigt. Materiellrechtliche Folgen im Sinne einer selbständigen Bestrafung hat die Aussageverweigerung damit nicht.

b) Verfahrensrechtliche Folgen hat die Aussageverweigerung des Angeklagten insofern, als die Strafverfolgungsbehörden den Nachweis der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat mit anderen Beweismitteln führen müssen³⁾.

Für den Angeklagten selbst hat die Aussageverweigerung keine verfahrensrechtlichen Nachteile zur Folge⁴⁾. Er darf weder durch Ordnungsstrafen noch durch Haft zur Aussage angehalten werden. Er ist weiter berechtigt, alle ihm zustehenden Rechte, soweit sie neben der Aussageverweigerung noch geltend gemacht werden können, auszuüben.

1) Mezger, ZStW 40, S. 154; Rosenfeld, § 36 II.

2) Peters, LB, § 28 IV 2; Eb. Schmidt, LK, Vorbem. §§ 133 ff. Erl. 5; s. a. S. 68 Anm. 2.

3) Ullmann, S. 381

4) RG JW 1930, S. 713

III. Wertung des Schweigens durch den Richter.

Da der Angeklagte auch Beweismittel im Strafverfahren ist - wie ausgeführt wurde -, tritt neben die Wertung des prozessualen Verhaltens des Angeklagten als Schuldindiz bei der Strafzumessung die Wertung des prozessualen Verhaltens als Beweismittel für die Tatbegehung durch den Angeklagten.

Das prozessuale Verhalten des Angeklagten gewinnt damit Bedeutung sowohl für die Tatfrage wie die Straffrage.

1. Da der Richter nach § 261 StPO über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung entscheidet, kann der Richter aus dem Schweigen des Angeklagten auf seine Schuld im Sinne der schuldhaften Tatbegehung schließen¹⁾. Das Recht zu schweigen hat Liepmann²⁾ deshalb als ein "privilegium odiosum" bezeichnet, da es nicht verboten ist, aus der Ausübung dieses Rechtes Schlüsse zum Nachteil des Angeklagten auf die schuldhafte Begehung der Straftat zu ziehen.

Auch der Gesetzgeber hat dies erkannt und deshalb davon abgesehen, den Angeklagten ausdrücklich auf sein Aussageverweigerungsrecht durch den Vernehmenden hinweisen zu lassen.³⁾

Inwieweit das Schweigen solche Rückschlüsse erlaubt, entscheidet sich nach den ihm im Einzelfall zugrunde liegenden Motiven. Die Schlußfolgerung, durch hartnäckiges Schweigen verrate sich das Schuldbewußtsein des Angeklagten, ist unter Berücksichtigung der vielfältigen Motive

1) Gerland, § 48 II 2 b; Puchelt, S. 278; Liepmann, ZStW 44, S. 669; Wimmer, ZStW 50, S. 545; Engelhard, ZStW 58, S. 344; HansOLG, HRR 1929, Nr. 2058 = Goldt. A. 74, S. 315.

2) Liepmann, ZStW 44, S. 671

3) Hahn, Motive S. 139, 140, 705

des Schweigens jedenfalls nicht immer möglich¹⁾ und darf nur mit größter Vorsicht unter Berücksichtigung der anderen für die Tatbegehung durch den Angeklagten sprechenden Beweise gezogen werden²⁾.

2. Wenn es also auf Grund der Doppelstellung des Angeklagten als Prozeßpartei und Beweismittel im Einzelfall zulässig ist, aus dem Schweigen des Angeklagten für ihn nachteilige Schlüsse auf die Tatfrage zu ziehen, so ist doch hiervon die Frage zu unterscheiden, ob solche Rückschlüsse auch im Rahmen der Straffrage, also der Bestimmung der Strafe der Höhe nach, zulässig sind.

- a) Die Auffassungen in der Rechtsprechung und Literatur zu diesem Punkt sind geteilt.

Teilweise wird das Schweigen wie jede andere prozessuale Verhaltensweise des Angeklagten beurteilt. Es wird zwar anerkannt, daß der Angeklagte nicht zur Aussage verpflichtet ist; doch wird es als zulässig angesehen, aus der Aussageverweigerung auf das Maß der Tatschuld zu schließen und Schweigen dann, wenn es Ausdruck von Verstocktheit und Einsichtslosigkeit ist, strafscharfend zu berücksichtigen³⁾.

Dem steht die Auffassung gegenüber, daß Schweigen, selbst wenn es als Schuldindiz gewertet werden könne, niemals zu einer Erhöhung der Strafe führen dürfe, da die Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes den Angeklagten nicht belasten dürfe⁴⁾.

1) Holtzendorff, S.367/88.

2) Leksing, S.63

3) OLG Hamm, JJZ 1949, S.137; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B VI b; Jagusch, L-R § 337 Anm.2 a; Peters, Strafrichter, S.77 Anm.1, S.107; anders LB § 28 IV 2.

4) KMR § 267,9 B a. Mairach, AT, § 63 II B 3 a bb; Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh. IV 5; Käß, S.467.

- b) Es wurde bereits ausgeführt, daß sich aus den gesetzlichen Vorschriften über die Vernehmung des Angeklagten, die die Stellung des Angeklagten im Strafprozeß charakterisieren, ergibt, daß der Angeklagte ein Recht hat, die Aussage zur Sache zu verweigern, also auf die gegen ihn erhobenen Vorwürfe zu schweigen.

Es wurde weiter bereits ausgeführt, daß ein prozessuales Verhalten des Angeklagten, das in der Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes besteht, bei der Strafzumessung nicht verwertet werden darf, da sich anderenfalls aus der Ausübung des Rechtes Nachteile für den Berechtigten ergeben könnten.

Wäre es zulässig, aus dem Schweigen des Angeklagten auf eine hohe Tatschuld zu schließen und deshalb eine hohe Strafe zu verhängen, so würde die Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes für den Angeklagten einen Nachteil, nämlich die Straferhöhung, mit sich bringen, der den Angeklagten genau so treffen würde wie eine selbständige Bestrafung seines berechtigten Verhaltens und der dazu führen würde, daß der Angeklagte in Zukunft von seinem Recht keinen Gebrauch mehr machen wird.

Damit könnte aber von einem "Recht" zu schweigen nicht mehr gesprochen werden.

Das Schweigen des Angeklagten ist damit eine für die Strafzumessung unverwertbare Strafzumessungstatsache. Der Richter darf sie - auch wenn im Einzelfall ein Rückschluß auf eine hohe Tatschuld möglich ist - bei der Strafzumessung nicht berücksichtigen.

Dem steht auch nicht entgegen, daß aus dem Schweigen des Angeklagten bei der Beweiswürdigung, unter bestimmten Umständen auf die Begehung der Straftat durch den Angeklagten geschlossen werden kann. Daraus daß ein solcher Schluß zulässig sein kann, folgt nicht, daß das Schweigen auch als Schuldindiz bei der Strafzumessung verwertet werden darf. Die Frage: hat der Angeklagte die ihm zur Last gelegte Tat begangen? ist zu unterscheiden von der Frage: welche Strafe hat der Angeklagte wegen der von ihm begangenen Tat verwirkt? Nach dem Grundsatz der freien Beweis-

würdigung kann nicht verhindert werden, daß der Richter alle Tatsachen heranzieht und verwertet, die Aufschluß über die erste Frage zu geben vermögen. Bei der Beantwortung der zweiten Frage kann jedoch durch die Nichtverwertbarkeit bestimmter prozessualer Verhaltensweisen bei der Strafzumessung verhindert werden, daß dem Angeklagten aus dem Gebrauch eines ihm zustehenden Rechtes Nachteile erwachsen und dadurch seine Stellung im Strafprozeß beeinträchtigt wird.

C. Verweigerung der Aussage zur Person.

I. Gesetzliche Regelung.

1. Nach § 136 Abs.3 StPO ist bei der Vernehmung des Angeklagten auf die Ermittlung seiner persönlichen Verhältnisse Bedacht zu nehmen.

Nach § 243 Abs.2 StPO schließt sich die Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse an den Aufruf der Zeugen und Sachverständigen an.

Wie die Vernehmung zur Person im einzelnen durchzuführen ist, schreibt das Gesetz nicht vor. Aus den Motiven¹⁾ ergibt sich, daß man eine ins Einzelne gehende Bestimmung entbehren zu können glaubte, weil der Zweck der Untersuchung den Umfang und Inhalt der an den Beschuldigten zu richtenden Fragen ohnehin ergebe und die Rechtsübung über die Punkt, auf die es hier ankomme, nicht in Zweifel stehe. Zu den "persönlichen Verhältnissen" im Sinne des Gesetzes gehören danach Vor- und Zuname, Geburtstag- und ort, Beruf, Stand oder Gewerbe, Wohn- oder Aufenthaltsort, Religion, Militärverhältnisse und auch etwaige Vorstrafen²⁾.

1) Hahn, S.140

2) v.Kries, § 50 II

2. Die Strafprozeßordnung gibt dem Richter entsprechend dem Fall der Aussageverweigerung zur Sache kein Mittel an die Hand, die Aussage des Angeklagten zur Person zu erzwingen.

Die Verweigerung der Aussage zur Person kann nach § 112 Abs.2 Nr.2 StPO aber dazu führen, daß gegen den Beschuldigten, der sich auf Grund seiner Aussageverweigerung nicht ausweisen kann, Haftbefehl erlassen wird, wenn er der Tat dringend verdächtig ist. Diese Vorschrift dient jedoch nicht dazu, den Angeklagten zur Angabe seiner Personalien zu zwingen.

Die Untersuchungshaft, die nach § 112 Abs.2 Nr.2 StPO abgeordnet werden kann, ist keine Beugehaft, die den Angeklagten zur Abgabe irgendwelcher Erklärungen zwingen soll, sondern dient allein zur Sicherung der Verfahrensdurchführung. Sie ist Ausdruck des Gerichtszwanges, den der Staat auszuüben befugt sein muß, wenn er die Durchführung von Strafprozessen garantieren will, und die der Beschuldigte, der sich dringend verdächtig gemacht hat, erdulden muß, ohne daß irgendwelche anderen mit der Sicherung der Verfahrensdurchführung nicht verbundene Zwecke mit ihr verfolgt werden.

II. Das Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten zur Person.

1. a) Aus § 136 Abs.3 StPO ergibt sich, daß sich das Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten auch auf seine Angaben zur Person erstreckt. Hätte der Gesetzgeber eine Aussagepflicht zur Angabe der Personalien statuieren wollen, hätte er in § 136 Abs.3 StPO eine andere Formulierung gebraucht als die, daß auf die persönlichen Verhältnisse "Bedacht" zu nehmen ist¹⁾.
- b) Weiter spricht für ein Aussageverweigerungsrecht zur

1) Eb.Schmidt, LK, § 136 Erl.9; Rosenfeld, § 42 XIV

Person die Tatsache, daß das Gesetz keine Zwangsmittel zur Herbeiführung einer solchen Aussage vorsieht.

c) Ein Aussageverweigerungsrecht in der Sache könnte auch mit einer Aussagepflicht zur Person erheblich kollidieren, da eine Klarstellung der Person des Angeklagten unter Umständen schon eine Belästigung in der Sache selbst bedeuten kann¹⁾, zu der der Angeklagte nach seiner Stellung im Strafprozeß nicht verpflichtet ist.

Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Name des Täters einer Straftat bekannt ist, aber nicht bekannt ist, wer diesen Namen trägt und keine Personen zur Identifizierung des Täters vorhanden sind.

Es wäre also widerspruchsvoll, dem Angeklagten zwar ein Aussageverweigerungsrecht zur Sache aber nicht zur Person einzuräumen.

d) Es ist daher auch allgemein anerkannt, daß der Angeklagte in jedem Stadium des Verfahrens und vor jeder Strafverfolgungsbehörde die Aussage über seine persönlichen Verhältnisse verweigern kann.

Sein Aussageverweigerungsrecht erstreckt sich damit auch auf die Angaben zur Person²⁾.

2. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob ein Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten zur Person sich mit den Vorschriften der §§ 360 Nr.8 StGB und 1 des Personalausweisgesetzes vereinbaren läßt.

Nach § 360 Nr.8 StGB macht sich derjenige einer Übertretung schuldig, der gegenüber einer zuständigen Behörde, einem zuständigen Beamten oder einem zuständigen Soldaten der Bundeswehr über seinen Namen, Stand, seinen Beruf, sein Gewerbe, seinen Wohnort, seine Wohnung oder seine

1) Eb.Schmidt, LK § 136 Erl.9

2) v.Hippel, StP § 63 III 5; Kern, § 25, 2 a; v.Kries, § 31 III, § 50 II; Tillmann, L-R § 136,8; Eb.Schmidt, LK § 136 Erl.9; Schwarz StPO § 243,2 A; Stock, § 40 IV 1; Puchelt, S.279

Staatsangehörigkeit eine unrichtige Angabe macht oder
die Angabe verweigert.

Nach § 1 des Personalausweisgesetzes vom 19.12.1950¹⁾
ist jede Person, die das 16. Lebensjahr vollendet und
nach den Vorschriften der Meldeordnung der Meldepflicht
unterliegt, verpflichtet, einen Personalausweis zu besit-
zen und ihn auf Verlangen einer zur Prüfung der Persona-
lien ermächtigten Behörde vorzulegen, soweit sie sich
nicht durch Vorlage eines gültigen Passes ausweisen kann.

Es wird daher die Meinung vertreten, daß der Angeklag-
te sich insoweit zur Person äußern und sich ausweisen
müsse, daß er sich nach diesen Vorschriften nicht straf-
bar mache²⁾.

- a) Wenn der Angeklagte diesen Strafvorschriften unterliegt,
ist er verpflichtet, die in ihnen geforderten Angaben
zur Person zu machen. Bei Verweigerung der Aussage han-
delt er rechtswidrig. Ein Aussageverweigerungsrecht zur
Person besteht dann, soweit § 360 Nr.8 StGB und § 1 Per-
sonalausweisgesetz Angaben über die persönlichen Verhält-
nisse erfordern, nicht.

aa) Entscheidend dafür, ob § 360 Nr.8 StGB auf den An-
geklagten im Strafverfahren zutrifft, ist, wer "zustän-
diger Beamter" im Sinne dieser Vorschrift ist.

In der Rechtsprechung werden als zuständige Beamte aner-
kannt: Registerrichter des Amtsgerichtes³⁾, Urkundsbeamter
und Vorsitzender der Beschwerdekammer des Landgerichtes⁴⁾.
Eine allgemeine gesetzliche Verpflichtung des Staatsbürgers,
sich ohne besonderen Grund auf Ersuchen eines Polizeibeamten
über seine Person auszuweisen, wird von der Rechtspre-
chung nicht anerkannt⁵⁾. Als besonderer Grund gilt aber,

1) BGBI I, S.807

2) KMR § 136, 2 a; Stock, § 40 IV 2

3) OLG Breslau, Goldt.A.51, S.376

4) RG 72,30;

5) OLG Hamm, NJW 1954, S.1212

wenn zur Erforschung strafbarer Handlungen die Personalienfeststellung von Beschuldigten und Zeugen notwendig ist¹⁾.

Der Polizeibeamte muß dabei nach den einzelnen persönlichen Verhältnissen im Sinne des § 360 Nr.8 StGB fragen; die allgemeine Aufforderung nach der Angabe der ganzen Personalien genügt nicht für die Tatbestandsmäßigkeit²⁾.

Nach Schönke-Schröder³⁾ ist zuständiger Beamter, wer ein hoheitliches Recht hat, nach dem Namen zu fragen, so daß eine falsche Namensangabe als Eingriff in staatliche Hoheitsrechte erscheint.

Nach Frank⁴⁾ muß der zuständige Beamte ein hoheitliches, mit Zwangsgewalt ausgestattetes Recht, nach dem Namen zu fragen, haben. Ein solches Recht hat nach seiner Auffassung der Polizeibeamte und der Richter.

Nach Schönke-Schröder und Schwarz⁵⁾ ist der Polizeibeamte nur beim Vorliegen besonderer Gründe berechtigt, die Angabe der Personalien zu fordern, z.B. falls er eine Person als Täter oder Zeugen einer Straftat ermitteln will.

Henkel⁶⁾ hält den Angeklagten für verpflichtet, Angaben zur Person zu machen, aber ohne daß er bei Weigerung irgendwelche Zwangsmaßnahmen oder der Strafsanktion des § 360 Nr.8 StGB unterliege.

Eberhard Schmidt⁷⁾ nimmt an, daß die Strafdrohung des § 360 Nr.8 sich nicht auf das bezieht, was der Angeklagte in der Hauptverhandlung über seine Personalien angibt, da er in seiner Rolle als Beschuldigter zu diesen Angaben nicht verpflichtet sei. Mit der Entscheidung des Reichsge-

1) OLG Hamm, NJW 1954, S.1212; BayObLG, NJW 1958, S.310; OLG Neustadt, NJW 1952, S.1028.

2) OLG Schleswig, MDR 1958, S.707

3) § 360 VIII 4

4) § 360 VIII 3

5) Schönke-Schröder, § 360 VIII 4;
Schwarz, StGB § 360, 8 A bb

6) LB, § 50 II 2

7) LK, § 243 Erl.17

richts in Bd.17, S.225 macht er die Tatbestandsmäßigkeit davon abhängig, daß der Fragende die Möglichkeit haben müsse, die Aussage mit gesetzlichen Zwangsmitteln zu erzwingen. Das sei im Verhältnis Angeklagter und Gericht aber gerade nicht der Fall.

Die Auffassung von Eberhard Schmidt muß als zutreffend anerkannt werden. Aus § 360 Nr.8 StGB kann daher nicht auf eine Aussagepflicht oder eine Einschränkung des allgemeinen Aussageverweigerungsrechtes zur Person geschlossen werden.

Diese Vorschrift sagt nichts darüber aus, welche Beamte zuständig im Sinne des Gesetzes sind. Wenn nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts für die Zuständigkeit erforderlich ist, daß die Weigerung als ein Eingriff in staatliche Hoheitsrechte erscheint¹⁾ oder der zuständige Beamte berechtigt sein muß, die Aussage notfalls mit gesetzlichen Zwangsmitteln herbeizuführen²⁾, so muß sich notwendigerweise die Berechtigung des Beamten aus anderen Vorschriften des Gesetzes ergeben. Aus § 360 Nr.8 StGB kann sie nicht abgeleitet werden.

Den Strafverfolgungsbehörden sind jedoch - wie bereits festgestellt wurde - keine Zwangsmittel zur Erzwingung einer Aussage zur Person durch das Gesetz eingeräumt worden. Der Staat hat ausdrücklich bei der Schaffung der Strafprozeßordnung darauf verzichtet, vom Angeklagten eine Aussage zur Person zu fordern, so daß die Verweigerung der Aussage auch nicht als ein Eingriff in staatliche Hoheitsrechte erscheinen kann.

bb) Entsprechendes wie für die "Zuständigkeit" in § 360 Nr.8 StGB gilt für die Feststellung der "ermächtigten Behörde" im Sinne des § 1 Personalausweisgesetz. Es kann nur die Behörde ermächtigt sein, die Vorlage des Personalausweises zu verlangen, deren Ermächtigung sich aus an-

1) RG 72,31

2) RG 17,225

deren Vorschriften als dem § 1 Personalausweisgesetz ergibt.

Es wurde aber bereits festgestellt, daß die Strafprozeßordnung keine Zwangsmittel zur Herbeiführung einer Aussage über die Personalien des Angeklagten vorsieht, deshalb auch keine Behörde zur zwangsweisen Feststellung der Personalien ermächtigt.

§ 1 Personalausweisgesetz kann daher das Verhältnis Strafverfolgungsbehörden - Angeklagter nicht betreffen, so daß der schweigende Angeklagte, der keine Angaben zur Person macht, auch nicht nach dieser Vorschrift strafbar ist.

Eine Einschränkung des Aussageverweigerungsrechtes des Angeklagten zu den Personalien, soweit diese im Personalausweis angegeben werden, ist damit durch § 1 Personalausgesetz nicht erfolgt.

III. Wertung des Schweigens über die Personalien durch den Richter.

Da dem Angeklagten das Recht, die Aussage zur Person zu verweigern, in gleicher Weise zusteht wie das Recht, die Aussage zur Sache zu verweigern, unterliegt auch die Aussageverweigerung zur Person in gleichem Umfange der Wertung des Richters wie die Aussageverweigerung zur Sache. Die zu diesem Punkt gemachten Ausführungen treffen auch hier zu.

Das bedeutet, daß die Verweigerung der Einlassung zur Person ebenfalls im Rahmen des § 261 StPO für die Tatfrage ausgewertet werden kann, eine Verwertung bei der Strafzumessung, insbesondere eine Straferhöhung dieses prozessualen Verhaltens wegen, jedoch unzulässig ist.

D. Das qualifizierte Schweigen.

I. Definition.

Von "qualifiziertem Schweigen" spricht man dann, wenn der Angeklagte aus bestimmten Motiven und zur Verfolgung bestimmter Zwecke über einzelne Punkte, die mit der ihm zur Last gelegten Straftat in Zusammenhang stehen, keine Auskunft gibt.

II. Fälle des qualifizierten Schweigens.

Fälle des qualifizierten Schweigens sind:

1. Schweigen über den Verbleib der durch die strafbare Handlung erlangten Beute, z.B. des Diebesgutes oder der durch Betrügereien erlangten Gelder.
2. Schweigen über die an der Tat beteiligten Mittäter oder Gehilfen.
3. Schweigen über die Abnehmer der durch die Tat erlangten Beute.

III. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur.

Rechtsprechung und Literatur erkennen in diesen Fällen zwar an, daß der Angeklagte grundsätzlich nicht zur Auskunfterteilung verpflichtet ist. Sie folgern hieraus aber nur, daß ihm aus seinem Schweigen keine verfahrensrechtlichen Nachteile erwachsen dürfen¹⁾ und die Tatsache des Verschweigens von Beute, Mittätern, Helfern und Abnehmern nicht zu einer Strafschärfung führen dürfte²⁾.

Dagegen halten sie eine strafschärfende Berücksichtigung des qualifizierten Schweigens dann für zulässig, wenn hieraus Rückschlüsse auf die verbrecherische Gesinnung

1) RG JW 1930, S. 713 = HRR 1929 Nr. 1709 mit zustimmender Anmerkung von Unger in JW 1930, S. 713; OLG Hamm, SJZ 1949, S. 137.

2) Schönke-Schröder, Vorbem. § 13 VIII 5 h .

des Täters mit Sicherheit gezogen werden können¹⁾.

Wenn z.B. der Angeklagte deshalb über den Verbleib seiner Beute keine Angaben macht, um sich die Vorteile seiner strafbaren Handlung zu sichern und hierin seine hemmungslose Selbstsucht zum Ausdruck kommt²⁾.

Wenn der Dieb seine Hehler nicht benennt, um sich später das Diebesgut bei ihnen abzuholen oder sich für künftige Fälle Abnehmer zu erhalten³⁾.

Anders jedoch, wenn der Angeklagte seine Abnehmer verschweigt, weil er deren Rache fürchtet, oder wenn er seine Mittäter und Gehilfen deshalb nicht nennt, weil er sie aus selbstlosen Gründen schützen will und bereit ist, die Tat allein auf sich zu nehmen⁴⁾.

Entscheidend ist also nach der Rechtsprechung und Literatur, ob aus den Motiven des qualifizierten Schweigens auf eine starke verbrecherische Gesinnung oder Neigung und eine enge Verknüpfung mit der Tat geschlossen werden kann⁵⁾.

Der Bundesgerichtshof hat in einer nicht veröffentlichten Entscheidung vom 1.10.1953⁶⁾ festgestellt, daß nicht zum Nachteil des Angeklagten berücksichtigt werden dürfe, daß dieser sich geweigert habe, Angaben über die Verwendung erschwindelter Gelder zu machen, da er hierzu nach dem geltenden Verfahrensrecht (§ 136 Abs.1 Satz 2 StPO) nicht verpflichtet sei und sein Schweigen hierüber kein zulässiger Strafverschärfungsgrund sei.

1) RG JW 1930, S.713 mit Anm. Unger = HRR 1929 Nr.1709; Sachs, SJZ 1949, S.104; Peters, Strafrichter, S.77 Anm.1 u. Strafzumessung, S.740; Jagusch, L-R, § 337, Anm.2 a; Geier in L-R, § 267 Anm.10 c.

2) RG JW 1930, S.713 = HRR 1929 Nr.1709

3) Sachs, SJZ 1949, S.104

4) QLG Hamm, SJZ 1949, S.137, 138

5) Sachs, SJZ 1949, S.104

6) Mitgeteilt von Dallinger, MDR 1953, S.723

IV. Stellungnahme.

Dieser Auffassung des Bundesgerichtshofes muß zugestimmt werden.

Wenn das einfache Schweigen - wie festgestellt wurde - keine verwertbare Strafzumessungstatsache ist und damit auch kein zulässiger Straferhöhungsgrund sein kann, so kann auch nichts anderes für das qualifizierte Schweigen gelten.

Der Angeklagte ist nach dem Gesetz ebensowenig verpflichtet, Angaben über den Verbleib seiner Beute, über Mittäter, Teilnehmer oder Abnehmer zu machen, wie er verpflichtet ist, sich auf die Anklage überhaupt zu äußern. Das Aussageverweigerungsrecht steht dem Angeklagten also ohne Rücksicht auf die mit dem Schweigen verfolgten Zwecke zu. Es darf damit auch das qualifizierte Schweigen nicht als Strafzumessungstatsache verwertet werden und insbesondere - auch wenn im Einzelfall auf eine hohe Tatschuld geschlossen werden kann - nicht zu einer Erhöhung der Strafe führen.

§ 2 Das Geständnis und die Selbstanzeige des Angeklagten.

A. Definitionen.

I. Das Geständnis.

1. Geständnis im weiteren Sinne umfaßt jedes Verhalten des Angeklagten, durch welches er eine Tatsache, die zum Beweis der ihm zur Last gelegten Straftat dient und damit geeignet ist, einen strafrechtlich relevanten Nachteil für ihn herbeizuführen, als wahr anerkennt¹⁾.

Diese Anerkennung braucht nicht ausdrücklich zu geschehen.

¹⁾ Henschel, GS 74, S. 33; Hartung, S. 600; Lohsing, S. 10

Man spricht besonders im Falle des Schweigens und der Flucht des Angeklagten von einem "stillschweigenden" bzw. "vermuteten" Geständnis, wenn man der Ansicht ist, daß der Angeklagte nichts zu seiner Entlastung anführen könne und daß die Flucht bezwecke, sich der verdienten Strafe zu entziehen¹⁾.

Weiter ist nicht erforderlich, daß der Angeklagte - auch wenn er eine ihn belastende Tatsache ausdrücklich zugesteht - das Bewußtsein hat, daß er sich mit diesem Zugeständnis "belastet" hat in dem Sinne, daß er sich durch seine Äußerung der Bestrafung ausliefert oder seine Überführung erleichtert. Es ist hier z.B. an den Fall zu denken, in dem der Angeklagte die Aussage eines Belastungszeugen als wahr anerkennt, ohne sich bewußt zu sein, daß diese Aussage ihn belastet oder die Absicht zu haben, sich mit dieser Anerkennung zu belasten²⁾.

Die von dem Angeklagten gemachten oder eingeräumten Angaben brauchen weiter nicht der Wahrheit zu entsprechen. Sei es, daß der Angeklagte die Unwahrheit kennt und sie trotzdem zugesteht, sei es, daß er sie irrtümlich für wahr hält.

Für diesen weiteren Geständnisbegriff genügt die Übereinstimmung mit den dem Angeklagten zur Last gelegten Tatsachen.

2. Das Geständnis im engeren Sinne, wie es in der Praxis verstanden wird, verlangt im Gegensatz hierzu, daß das Geständnis einem Schuldbekennnis gleichkommt³⁾. Der geständige Angeklagte muß die Tatsachen sowohl des objektiven wie des subjektiven Tatbestandes der ihm zur Last gelegten Tat als wahr anerkennen, mit anderen Worten er muß einräumen, die ihm zur Last gelegte Tat begangen zu haben⁴⁾. Das Geständnis muß ausdrücklich erfolgen. Ein stillschwei-

1) Lohsing, S.71,72,77; Glaser, Handb. S.602

2) Lohsing, S.63

3) Henschel, GS 74, S.33

4) Sachs, S.89

gendes oder nur vermutetes Geständnis genügt nicht¹⁾.

Das Geständnis muß wahr sein, d.h. der Geständige muß die Straftat, um deretwillen er zur Verantwortung gezogen wird, tatsächlich begangen haben²⁾. Der Geständnisbegriff im engeren Sinne setzt damit einen im Sinne der Anklage schuldigen Angeklagten voraus.

Der Angeklagte muß sich auch bewußt sein, daß er durch seine Aussage ein ihn belastendes Zeugnis ablegt, das geeignet ist, ihn der Bestrafung auszuliefern oder daß die von ihm anerkannte Zeugenaussage ihm zum Nachteil gereicht.

Bei den weiteren Ausführungen soll von diesem Geständnisbegriff ausgegangen werden, der allein für die Strafzumessung von Bedeutung ist, wie ausgeführt werden wird.

3. Bei diesen Geständnissen im engeren Sinne unterscheidet man³⁾:

- a) Gerichtliche und außergerichtliche Geständnisse, je nachdem ob das Geständnis in der Hauptverhandlung bzw. vor dem Untersuchungsrichter oder aber während des polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens abgelegt wird.
- b) Erzwungene und freiwillige Geständnisse, je nachdem ob der Angeklagte zu dem Geständnis gedrängt wird oder es freiwillig, von sich aus ablegt.
- c) "Nackte" und "umständliche" Geständnisse, die sich dadurch unterscheiden, daß der Angeklagte im ersten Fall lediglich die ihm zur Last gelegte Tat zugibt, während er im zweiten Fall nähere Umstände aufführt, die zur Bekräftigung der Wahrheit seiner Angaben geeignet sind.
- d) Vollständige und unvollständige Geständnisse im Falle der Deliktsmehrheit je nachdem ob der Angeklagte alle ihm zur

1) Lohsing, S.63

2) Mezger, ZStW 40, S.160

3) Lohsing, S.10, 11, 12

Last gelegten Taten oder nur einzelne gesteht.

- e) Reine (unumwundene, unbeschränkte) und qualifizierte (umwundene, beschränkte) Geständnisse je nachdem, ob die Tat in einer zur Bestrafung geeigneten Art gestanden wird oder dem Geständnis tatsächliche Umstände beigefügt werden, welche die Strafbarkeit ausschließen, also schuld- oder strafausschließende Bedeutung haben.

II. Die Selbstanzeige.

- 1. Die Selbstanzeige ist eine besondere Art des Geständnisses¹⁾.

- a) Inhaltlich unterscheidet sie sich nicht vom Geständnis im engeren Sinne. Sie muß also auch das Schuldbekenntnis des Anzeigenden für eine Straftat, das der Wahrheit entspricht, enthalten, immer ausdrücklich und in dem Bewußtsein erfolgen, damit einen strafrechtlich-relevanten Nachteil herbeizuführen.

- b) Während das Geständnis jedoch voraussetzt, daß die begangene Straftat entdeckt ist und der Gestehende - zumindest - als Verdächtiger in den Kreis der polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen dieser Straftat wegen einbezogen wurde, ist im Falle der Selbstanzeige entweder die Straftat noch nicht zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden entdeckt oder aber die Straftat als solche ist entdeckt, aber die Strafverfolgungsbehörden haben keinen Anhaltspunkt für die Täterschaft des Anzeigenden. Weiter wird man noch als Selbstanzeige den Fall bezeichnen müssen, in dem die Strafverfolgungsbehörden zwar Kenntnis von der Straftat und dem Täter haben, der Täter aber noch nicht gefaßt werden konnte. In diesem Falle deckt sich der Begriff der Selbstanzeige mit der sog. "Gestellung".

Die Selbstanzeige führt also entweder dazu, daß ein

1) Lohsing, S.11

Ermittlungsverfahren in Gang gebracht wird und steht somit am Beginn der möglichen prozessualen Verhaltensweisen eines Angeklagten, oder aber es richtet die schon begonnene Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden auf den Anzeigenden und führt im weiteren Verlaufe dazu, daß dieser der Straftat wegen, der er sich selbst angezeigt hat, angeklagt und verurteilt wird.

c) Da die Selbstanzeige normalerweise gegenüber den Strafverfolgungsbehörden erfolgt, muß sie, wenn man nur ihren Inhalt und nicht den Stand der Ermittlungsarbeiten berücksichtigt, zu den außergerichtlichen Geständnissen gerechnet werden.

2. Da sich Geständnis und Selbstanzeige also nur dadurch unterscheiden, wie weit die Ermittlungsarbeit der Strafverfolgungsbehörden vorgeschritten ist, inhaltlich jedoch völlig übereinstimmen, müssen sie im Rahmen der Strafzumessung nach den gleichen Grundsätzen behandelt werden. Da das prozessuale Verhalten des Angeklagten nur als Indiz für die Tatschuld gewertet werden darf, kommt es also bei der Strafzumessung allein auf das Verhalten des Angeklagten und nicht auf den Stand der Ermittlungsarbeiten der Strafverfolgungsbehörden an.

Wenn also im folgenden das Geständnis behandelt wird, so gelten diese Ausführungen in gleicher Weise für die Selbstanzeige, soweit nicht auf eine unterschiedliche Behandlung von Geständnis und Selbstanzeige hingewiesen wird.

B. Das Geständnis im Strafverfahren.

I. Bedeutung des Geständnisses für den Strafprozeß.

1. Da das geltende Verfahrensrecht unter dem Grundsatz der Offizialmaxime steht, muß das Gericht auf die Erforschung der materiellen Wahrheit hinarbeiten, ohne an Anträge oder Aussagen der Prozeßbeteiligten gebunden zu sein. Im Gegensatz zum Zivilprozeß sind Geständnisse im Strafprozeß deshalb nicht kraft des Umstandes, daß sie eine

Übereinstimmung mit den klägerischen Behauptungen enthalten, Beweis und dem Urteil zugrunde zu legen, sondern sie sind gegebenenfalls Beweis nur kraft der ihnen innewohnenden Glaubwürdigkeit, deren Prüfung dem Gericht obliegt¹⁾. Daraus folgt, daß das Geständnis als solches kein Beweis ist, sondern ein Beweismittel - nicht anders als jede Zeugenaussage -, das der freien Beweiswürdigung durch das Gericht in vollem Umfange unterliegt²⁾.

Das Geständnis ersetzt also weder die richterliche Entscheidung über die Schuldfrage noch macht es das Beweisverfahren im Rahmen des Hauptverfahrens entbehrlich³⁾.

2. Die Glaubwürdigkeit des Geständnisses als Beweismittel muß ebenso wie z.B. die Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage in jedem Falle vom Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung geprüft werden⁴⁾.

- a) Dabei unterscheidet sich jedoch das Geständnis des Angeklagten von der Aussage des Zeugen dadurch, daß der geständige Angeklagte Mitteilung über von ihm selbst ausgeführte Handlungen und gefaßte Entschlüsse macht. Er müßte also am besten wissen, was er getan hat. Weiter weiß der geständige Angeklagte, daß er sich durch sein Geständnis der Bestrafung ausliefert. Im Normalfall wird sich aber ein geistig gesunder Mensch nicht einer Straftat selbst beschuldigen und die damit verbundenen vielfältigen schweren Folgen auf sich nehmen, wenn diese Selbstbezeichnung nicht der Wahrheit entspricht. Auf dieser Erfahrungstatsache beruht die besondere Beweiskraft des Geständnisses⁵⁾.

1) Lohsing, S.61

2) Lohsing, S.62; Glaser, Handb. S.608; Hartung, S.601; Henschel, GS 74, S.34; Seelig, S.225; Graßberger, S.155

3) Glaser, Handb. S.605

4) Lohsing, S.61; Hartung, S.601; Henschel, GS 74, S.34

5) Mezger, ZStW 40, S.160; Henschel, GS 74, S.34; Hartung, S.600, 601; Bohne, ZStW 47, S.446; v. Hippel, StP § 63, III 4 b; Rumpf, S.125; Henschel, Groß Arch.

- b) Diese Beweiskraft wird von der Praxis als so stark angesehen, daß man von einer "suggestiven" Wirkung des Geständnisses auf den Richter spricht¹⁾ und damit zum Ausdruck bringen will, daß der Richter im Vertrauen auf diesen allgemeinen Erfahrungssatz der Prüfung der Glaubwürdigkeit eines Geständnisses zu wenig Beachtung schenkt. Dieses "Vertrauen" des Richters dem geständigen Angeklagten gegenüber wird noch dadurch verstärkt, daß der geständige Angeklagte dem Richter Zeit und Kraft spart, ihn - wenn er das Geständnis als glaubwürdig erachtet - unter Umständen von langwierigen weiteren Beweiserhebungen befreit und damit das Verfahren abkürzt²⁾. Das Geständnis nimmt dem Richter weiter einen Teil seiner Verantwortung insofern ab, als es ihm eine "höchst willkommene Bestätigung seines Schuldspruches bedeutet"³⁾. Radbruch⁴⁾ hat deshalb das Geständnis als die bequemste und für das Gewissen beruhigendste unter allen Formen des Beweises genannt.
- c) Dennoch hat die Erfahrung gezeigt, daß Geständnisse bewußt oder unbewußt unrichtig sein können⁵⁾.

aa) Unbewußt falsche Geständnisse können durch Erinnerungsdefekte oder pathologische Verhältnisse bei falscher Selbstbeschuldigung Geisteskranker infolge von Wahnideen oder depressiven Affekten zustande kommen⁶⁾.

Das unbewußt unrichtige Geständnis kann auch darauf beruhen, daß der geistig gesunde Angeklagte glaubt, die Voraussetzungen der Strafbarkeit seien gegeben oder eine sittliche Schuld mit der strafrechtlichen verwechselt⁷⁾.

1) Sachs, S.89; Liepmann, ZStW 44, S.674; Hartung, S.601

2) Peters, Gutachten, S.55 Anm.110; Sachs, S.97

3) Hahn, Motive, S.1531

4) Radbruch, S.123

5) Ullmann, S.382 Anm.5

6) Mezger, ZStW 40, S.160; Henschel, GroßArch.56, S.15; Wulffen, S.284 ff.

7) Kallmann, Goldt.Arch.54, S.234

bb) Der Angeklagte kann auch bei ihm aussichtslos erscheinender Beweislage bewußt ein falsches Geständnis ablegen, um dann alles vorbringen zu können, was ihm wenigstens zu einer milden Strafe verhelfen soll¹⁾.

Weiter kann der Angeklagte mit seinem bewußt falschen Geständnis bezwecken, einen anderen aus Furcht oder Sympathie vor der Bestrafung zu retten oder eine andere von ihm begangene schwerere Tat zu verdecken. Es ist auch möglich, daß der Angeklagte bewußt wahrheitswidrig eine Straftat gesteht, um mit dieser zu renommieren oder sich für den Winter ein warmes Quartier mit ausreichender Verpflegung zu sichern.²⁾

Ein Beispiel für ein bewußt falsches Geständnis bringt v.Karmann³⁾, an dem sich zeigt, daß auch ein zu Unrecht einer Straftat Verdächtigter bei ihm aussichtslos erscheinender Beweislage ein "Geständnis" ablegen kann und daß bereits die Aussicht, von Polizeibeamten über die Straße zur Wache abgeführt zu werden, ihn aus Scham zum Selbstmord treiben kann.

- d) Es ergibt sich also, daß der Richter sich nicht auf den oben angeführten Erfahrungssatz verlassen darf und damit nicht von der Richtigkeit eines jeden Geständnisses ohne weitere Prüfung ausgehen darf. Die vielfältigen möglichen Ursachen für ein falsches Geständnis hat er in jedem Falle zu untersuchen, bevor er das Geständnis des Angeklagten als Beweis für die Begehung der Straftat wertet⁴⁾.

II. Bedeutung des Geständnisses für die Verurteilung.

1. Das Geständnis ist keine Voraussetzung zur Verurteilung. Auch der nicht geständige Angeklagte kann verurteilt werden, wenn er durch andere Beweise nach der Überzeugung

1) Wimmer, ZStW 50, S. 547 ff.

2) Henschel, GroßArch. 56, S. 17-20

3) GroßArch. 51, S. 326 ff.

4) Henschel, GroßArch. 56, S. 28

des Gerichtes der Straftat überführt ist.

2. Das Geständnis als solches genügt nicht zur Verurteilung¹⁾.

Das Gericht darf sich nicht mit der Ablegung des Geständnisses allein zufrieden geben und ohne weitere Prüfung nur auf das Geständnis hin den Angeklagten verurteilen. Das Geständnis muß vielmehr mit der Gesamtheit der anderen, den Angeklagten belastenden Tatsachen im Einklang stehen. Das Gericht darf auf die Ermittlung weiteren Belastungsmaterials nur dann verzichten, wenn es die Glaubwürdigkeit des Geständnisses geprüft und sich hiervon überzeugt hat.

Die Ablegung eines Geständnisses kann daher - wie Lohsing feststellt²⁾ - niemals "konstitutiv" für ein Strafurteil sein.

3. Das Geständnis kann "deklarativ" sein, d.h. der Beweis ist durch andere Beweismittel bereits völlig geführt, hinzu kommt noch das Geständnis des Angeklagten.

Es kann aber auch "suppletorisch" sei, d.h. die Ergebnisse der Beweisaufnahme würden zu einer Verurteilung des Angeklagten nicht ausreichen. Die Lücken der Beweisführung werden aber durch das glaubwürdige Geständnis des Angeklagten geschlossen.

In diesem Falle wird das glaubwürdige Geständnis insofern konstitutiv, als es die Verurteilung herbeiführt.

III. Bedeutung des Aussageverweigerungsrechtes des Angeklagten für Geständnis und Selbstanzeige.

1. Da - wie oben ausgeführt wurde - der Angeklagte zu seiner Überführung nicht beizutragen braucht und deshalb berechtigt ist, jede Einlassung zu verweigern, ist der Angeklagte auch nicht verpflichtet, ein Geständnis abzulegen.

1) Lohsing, S.64

2) Lohsing, S.67, 68

- a) Diese Auffassung wird auch von der herrschenden Meinung vertreten¹⁾. Der von Henkel²⁾ und im früheren Schrifttum³⁾ vertretenen Meinung, daß der Angeklagte sich im Falle seiner Schuld gegenüber dem von der Gesamtheit erhobenen Vorwurf durch ein Bekenntnis seiner Schuld zu verantworten habe, wird von der herrschenden Meinung heute nicht zugestimmt, wenngleich auch diese Auffassung zu dem Ergebnis kam, daß der Angeklagte zu einem Geständnis weder direkt noch indirekt gezwungen werden dürfe⁴⁾.
- b) Eine Geständnispflicht würde das Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten aufheben und den Grundsatz "nemo tenetur se accusare" zu widerlaufen, da mit ihr gefordert werden würde, daß der im Sinne der Anklage schuldige Angeklagte ausdrücklich seine Tat eingesteht und sich der Bestrafung ausliefert. Es ergibt sich damit aus § 136 Abs.1 Satz 2 StPO, daß für den Angeklagten keine Rechtspflicht zur Ablegung eines Geständnisses besteht.
- c) Die herrschende Meinung leitet zutreffend die Tatsache, daß der Angeklagte weder direkt noch indirekt zu einem Geständnis gezwungen werden darf, aus dem Recht des Angeklagten, die Aussage und damit ein Geständnis zu verweigern, ab⁵⁾. Der Richter darf also - wie sich aus § 136 Abs.1 Satz 2 StPO und § 136 a StPO ergibt - weder durch Zwangsmittel, Drohungen, Versprechungen oder sonstigen Einwirkungen auf den Angeklagten darauf einwirken, daß der Angeklagte ein Geständnis ablegt oder zu der

1) BGR 1,343; Lo. Schmitt, LZ § 136 Erl. 16 u. 17;
BGR NW 1956, S. 164; Mezger, ZStW 40, S. 153; Karnickl,
DJZ 1906, S. 537; Lohsing, S. 57

2) Henkel, § 50 IV

3) Glaser, Schriften, S. 98

4) Glaser, Schriften, S. 98

5) Bonhard, Recht 1905, S. 238; Mezger, ZStW 40, S. 153;
Setzer, JW 1928, S. 777; Holtzendorff S. 382

Auffassung kommt, er sei zur Ablegung eines Geständnisses verpflichtet¹⁾.

- d) Ein solches Verhalten des die Untersuchung führenden Beamten findet seine Sanktion als Geständniserpressung in § 343 StGB.

Als Geständniserpressung muß die Anwendung jedes Mittels angesehen werden, das nicht vom Prozeßrecht als zulässig anerkannt wird. § 136a StPO bezeichnet damit die Grenzen der Geständniserpressung.

Die Feststellung, wann diese Grenzen überschritten sind, kann im Einzelfall streitig sein. Schwierigkeiten bereitet besonders die Abgrenzung der "Drohung" gegenüber der "Warnung", wenn es sich darum handelt, den Angeklagten darauf hinzuweisen, daß ein bestimmtes prozessuales Verhalten sich für ihn nachteilig auswirken könnte.

Schwierig ist die Abgrenzung deshalb, weil Drohung und Warnung beide auf etwas Übles, Unangenehmes, etwas zu Vermeidendes hinweisen und geeignet sind, den Angeklagten zu einem bestimmten Verhalten, zu dem er unter Umständen nach dem Gesetz nicht verpflichtet ist, zu bewegen²⁾.

Ähnlich verhält es sich mit dem "Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils", wenn dem Angeklagten für ein bestimmtes Prozeßverhalten Strafmilderung, Aufhebung der Untersuchungshaft u.ä. versprochen wird. Wieweit solche Versprechungen zulässig sind, richtet sich nach dem materiellen Recht, darüber hinaus auch nach dem Einzelfall, denn wenn es mit dem Gesetz generell vereinbar ist, infolge eines bestimmten prozessualen Verhaltens des Angeklagten unter bestimmten Voraussetzungen eine mildere Strafe zu verhängen, so muß doch diese Möglichkeit auch im Einzelfall gegeben sein, da sonst der Angeklagte, der im Vertrauen auf die ihm gegebene Zusage sein

1) Schwarz, StPO § 136, 1 B; Kohler, Goldt.A. 54, S. 18; Böding, ZStW 24, S. 253; Henschel, GS 74, S. 35; Gross Arch. Bd. 56, S. 12; RMG 11, S. 98; Geier, L-R § 267 Anm. 10 c

2) Eb. Schmidt, LK § 136a Erl. 16, 20

Prozeßverhalten ändert, "getäuscht wird" und diese Täuschung geeignet ist, die freie Willensentschließung des Angeklagten zu beeinträchtigen¹⁾.

- e) Eine Geständnispflicht kann auch nicht - wie Lohsing²⁾ zutreffend festgestellt hat - aus § 58 Abs.2 StPO abgeleitet werden, der eine Gegenüberstellung von Zeugen und dem Beschuldigten im Vorverfahren für zulässig erklärt, wenn dies für das weitere Verfahren geboten erscheint. Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift und insbesondere seiner Stellung im Gesetz (6.Abschnitt: Zeugen) ergibt sich, daß der Beschuldigte durch die Gegenüberstellung nicht zu einem Geständnis bewegt werden soll, sondern vielmehr die Prüfung der Glaubwürdigkeit des oder der Zeugen hier als *ratio legis* anzusehen ist.
2. Ebenso wie der Angeklagte nicht verpflichtet ist, ein Geständnis abzulegen, ist er nicht verpflichtet, sich selbst anzuzeigen³⁾.
- a) Der Grundsatz des geltenden Verfahrensrechtes, daß der Angeklagte zu seiner Überführung nicht beizutragen braucht, ist mit einer Pflicht zur Selbstanzeige unvereinbar, da die Selbstanzeige dazu führt, daß sich der Täter der Bestrafung ausliefert, die Verpflichtung zur Selbstanzeige also einer Verpflichtung, sich selbst der Tat zu überführen, gleichkommen würde.

1) Literatur zu diesen Fragen: Henkel, § 50, V 1; Kern, § 25, 1c; KMR § 136a, 3 g; Tillmann, L-R § 136, 5, 6; Schwarz, StPO § 243, 3 A; § 136, 1 B; Schmidt-Leichner, NJW 1951, S.9; Stock, § 40 IV 4; Sauer, Goltd.A.1957, S.138; Siegert, DRiZ 1953, S.99; Wimmer, ZStW 50, S.546; Kohler, Goltd.A.54, S.18; Beling, ZStW 24, S.253; Henschel, GS 74, S.35; Hellwig, Gross Arch.18, S.222; BGH 1, 387 mit Anm.Bader in JZ 1952, S.38; BGH NJW 1960, S.1212 m.Anm.Grünwald NJW 1960, S.1940/41; OLG Braunschweig, NJW 1947/48, S.150 = SJZ 1949, S.137.

2) Lohsing, S.58

3) BGH, VRS 3, S.262; 5, S.367

b) Eine solche Verpflichtung würde weiter das Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten aufheben. Ein Aussageverweigerungsrecht den Strafverfolgungsbehörden gegenüber ist bedeutungslos, wenn verlangt würde, daß der schuldige Angeklagte sich selbst anzeigt, da er bei der Selbstanzeige bereits alle ihn belastenden Tatsachen eingestanden haben würde, so daß eine spätere Aussageverweigerung keine Verteidigung mehr bedeuten und nicht mehr als Ausdruck des dem Angeklagten zustehenden Anspruches auf Überführung durch das Gericht angesehen werden könnte.

3. Als Ergebnis muß daher festgestellt werden:

- a) Der Angeklagte ist zur Ablegung eines Geständnisses nicht verpflichtet.
- b) Der Angeklagte ist nicht verpflichtet, sich selbst einer von ihm begangenen Straftat anzuzeigen.
- c) Der Angeklagte, der die Ablegung eines Geständnisses verweigert oder sich nicht anzeigt, übt damit ein ihm vom Gesetzgeber zugestandenes Recht, das sich aus dem Aussageverweigerungsrecht ergibt, aus.

C. Geständnis und Selbstanzeige bei der Strafzumessung.

I. Verwertbarkeit bei der Strafzumessung.

1. Geständnisverweigerung und unterlassene Selbstanzeige.

Geständnisverweigerung und Unterlassen der Selbstanzeige sind dem Angeklagten vom Gesetzgeber eingeräumte Rechte. Ihre Ausübung darf also niemals zu einer Bestrafung und damit auch zu keiner Strafverschärfung führen.

Sie sind prozessuale Verhaltensweisen des Angeklagten, die bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden dürfen.

Ebenso wie das Schweigen des Angeklagten, das auch eine Geständnisverweigerung enthält, ist die Tatsache, daß der Angeklagte kein Geständnis abgelegt oder sich nicht

selbst zur Anzeige gebracht hat, eine bei der Strafzumessung nicht verwertbare Strafzumessungstatsache und darf deshalb auch niemals zu einer Strafschärfung führen. Der Richter muß diese Verhaltensweisen bei der Strafzumessung völlig außer Betracht lassen.

2. Geständnis und Selbstanzeige.

Geständnis und Selbstanzeige dagegen sind verwertbare Strafzumessungstatsachen. Es ergibt sich aus keiner Vorschrift des Gesetzes, daß sie bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden dürften.

Sie stellen keine "Rechte" des Angeklagten - wie z.B. das Aussageverweigerungsrecht - dar, sondern es handelt sich bei ihnen um Möglichkeiten des prozessualen Verhaltens. Die Folgen dieser Verhaltensweisen wurden auch nicht vom Gesetzgeber in bestimmter Weise festgelegt, so daß sich deshalb eine Verwertung bei der Strafzumessung verbieten würde. Es handelt sich bei ihnen nicht um "Verteidigungsmittel" des Angeklagten, da sie nicht der Verteidigung des Angeklagten, sondern vielmehr seiner Überführung dienen.

Damit gehören Geständnis und Selbstanzeige nicht zu den oben aufgeführten unverwertbaren Strafzumessungstatsachen.

I. Berücksichtigung von Geständnis und Selbstanzeige bei der Strafzumessung durch die herrschende Meinung.

Auf diesem Standpunkt steht auch die herrschende Meinung, die keine Bedenken gegen die Verwertung von Geständnis und Selbstanzeige als prozessuale Verhaltensweisen des Angeklagten bei der Strafzumessung hat.

1. a) Entsprechend den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen darf auch nach der herrschenden Meinung die Tatsache des Gestehens allein die Strafzumessung nicht beeinflussen. Es wird als unzulässig angesehen, den Angeklagten nur deshalb milier zu bestrafen, weil er die ihm zur

Last gelegte Tat gestanden hat¹⁾).

Eine solche Verwertung des Geständnisses bei der Strafzumessung würde mit dem anerkannten Strafbegriff unvereinbar sein, da es sich hierbei um eine Belohnung für ein bestimmtes Prozeßverhalten handeln würde, das als solches niemals die bereits abgeschlossene Tat und Tatschuld verändern und damit auch auf die Bestrafung keinen direkten Einfluß haben kann²⁾).

Das gleiche gilt für die Selbstanzeige. Die Tatsache der Selbstanzeige darf also auch die Strafzumessung nicht beeinflussen.

- b) Dagegen wird vereinzelt die Auffassung vertreten, daß das Geständnis als solches zu einer Strafmilderung führen müsse³⁾).

Mit dem Geständnis zeige der Angeklagte ein Entgegenkommen⁴⁾, er verkürze damit das Ermittlungsverfahren und erspare dem Gericht viel Mühe und Arbeit⁵⁾).

Da seit alters her der Grundsatz anerkannt sei: "Bekannt ist halb gebüßt", sei es ein Gebot der Billigkeit, die Strafe im Falle des Geständnisses zu mildern.

Kulemann⁶⁾ und Haußner fordern die Strafmilderung als rechtliche Folge des Geständnisses. Haußner⁷⁾ setzt sich sogar für eine in das Gesetz einzuführende Vorschrift

1) KMR § 267 B a; Schwarz, StPO § 267,2 A b; Kohlrausch-Lange, Vorbem. § 13 A IV 8; Jagusch, L-K Vorbem. § 13 B VI b; Geier, L-R § 267 Anm. 10 c; Wimmer NJW 1947/48 S. 178; ZStW 50, S. 552, DReZ 1950, S. 269; Maurach, AT, § 63 II B 3 a aa; OLG Hamm, SJZ 1950, S. 844

2) Maurach, AT, § 63 II B 3; Mayer, ZStW 27, S. 922; Sauer, Kriminologie, § 21 A I 2 a

3) Kurnicki, DJZ 1906, S. 537; Kulemann, S. 38; Seibert, MDR 1952, S. 458; Unikower, NJ 1948, S. 109; Haußner, S. 278

4) Kurnicki, DJZ 1906, S. 537

5) Seelig, S. 284, 285; Unikower, NJ 1948, S. 109; Haußner, S. 278

6) Kulemann, S. 38

7) Haußner, S. 278

ein, die den Richter wie im Falle des Versuches im Falle des Geständnisses ausdrücklich zur Milderung der Strafe ermächtigt.

Ohne Begründung erlaubte auch das Reichsmilitärgericht im Falle des Geständnisses eine Strafmilderung¹⁾.

Diese Auffassungen müssen jedoch abgelehnt werden. Sie belohnen den Angeklagten für ein Prozeßverhalten, das in keinem unmittelbaren Zusammenhang zu der abzuurteilenden Tat steht. Ob der Angeklagte die Arbeit des Gerichtes erschwert oder erleichtert, ist für die Strafzumessung unbeachtlich²⁾. Jede andere Auffassung setzt sich letztlich mit dem Grundsatz, daß der Angeklagte nicht zu seiner Überführung beizutragen brauche, in Widerspruch, weil sie, wenn sie jedem Geständnis strafmildernde Bedeutung beimißt, geeignet ist, einen Druck auf den Angeklagten zur Ablegung eines Geständnisses auszuüben³⁾, was jedoch - wie bereits ausgeführt wurde - unzulässig ist.

2. Die herrschende Meinung berücksichtigt das Geständnis und die Selbstanzeige bei der Strafzumessung jedoch dann, wenn sie als Indiz für die Tatschuld gewertet werden können. Wenn insbesondere das Geständnis Rückschlüsse auf den Grad der Schuld, Strafwürdigkeit und Gefährlichkeit des Angeklagten erlaubt, kann es bei der Strafzumessung berücksichtigt werden⁴⁾.
3. a) Es wird anerkannt, daß nicht jedes Geständnis einen solchen Rückschluß erlaubt.

1) RMG 3,68; 8,209; RMG zit.von Hauck, ZStW 27,S.927; zustimmend Köhler, § 60 I.

2) Peters, Strafrichter, S.107; Jung, JR 1931, S.21; Henschel, GS 74,S.78; Nagler, LK Vorbem.§ 13 Anh.IV,5; Jagusch LK Vorbem. § 13 B.VI b

3) KMR § 267 B a; BGH 1,106

4) Kohlrausch-Lange,Vorbem.§ 13 IV 8; Jagusch LK Vorbem. § 13 B VI a u.b; Schönke-Schröder Vorbem. § 13 VIII,5 h; Peters, Strafrichter, S.107; Mayer, ZStW 27,S.923.

Das Geständnis kann unter Umständen überhaupt keinen Aufschluß über die Tatschuld geben. Es kann aber weiter auch ein Indiz sowohl für geminderte wie erhöhte Tatschuld sein, so daß nicht jedes Geständnis eine Strafmilderung rechtfertigt¹⁾. Man spricht deshalb von dem Geständnis als einem "schwankenden" Indiz²⁾, das nicht ohne weiteres ein Anzeichen für geminderte Persönlichkeitsadäquanz der Tat sei³⁾.

Aus diesen Gründen ist die Lehre schon immer der in der Praxis erkennbaren Tendenz, jedem Geständnis strafmildernde Bedeutung beizumessen, entgegengetreten⁴⁾.

Das gleiche gilt für die Selbstanzeige. Auch sie ist nicht in jedem Falle ein Indiz für geringe Tatschuld, so daß auch im Falle der Selbstanzeige eine schematische Wertung bei der Strafzumessung nicht gerechtfertigt ist.

- b) Die Verwertung des Geständnisses und der Selbstanzeige bei der Strafzumessung erfordert daher zunächst, daß der Richter sich Klarheit über die Motive dieser Verhaltensweisen verschafft. Die häufigsten Motive lassen sich in drei Komplexen zusammenfassen:

Der erste betrifft den Fall, daß der Angeklagte ein Geständnis ablegt oder sich selbst anzeigt, weil er die Tat bereut⁵⁾.

Der Begriff der Reue erfordert, daß der Täter wünscht, die von ihm begangene Tat nicht begangen zu haben, daß er sie bedauert und sich selbst seiner Verfehlung wegen verurteilt und entschlossen ist, sie in Zukunft nicht zu

1) Sauer, Kriminologie, § 21 A I 2 a; Sachs, S.97; Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh.IV 5

2) Rosenfeld, VDA III, S.157

3) Graßberger, S.57; Maurach, AT, § 63 II B 3 a aa

4) v.Liszt-Schmidt, § 68 III 2 Anm.9; Dreher-Maassen, Vorbem.§ 13 I 1 a; Dreher, Strafe, S.97; KMR § 267, B a.

5) Dreher, Strafe, S.98; Jung, JR 1931, S.21; KMR, § 267 B a; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B VI b; Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh.IV 5; Wimmer, ZStW 50, S.569 ff.; Mayer, ZStW 27, S.923, 924; Sauer, Allgem.Strafrechtslehre, § 32 I 3 c; Liepmann, ZStW 44, S.679 f.; Hartung,

wiederholen¹⁾.

Reue enthält damit ein Sich-abwenden von der begangenen Tat in der Einsicht, daß die Tat falsch und verwerflich war und in der Absicht, die begangene Tat zu sühnen und damit das Gewissen zu entlasten.

Der Angeklagte kann aber auch aus Ehrgefühl, Wahrhaftigkeit, religiöser Überzeugung, Freundschaft und Kameradschaft gestehen oder sich selbst anzeigen, ohne damit die Tat in dem obigen Sinne zu bereuen.

Zum zweiten Komplex gehören die Geständnisse, die aus prozeßtaktischen Gründen abgelegt werden²⁾.

In diesen Fällen erkennt der Angeklagte, daß nach der Beweislage sein Freispruch ausgeschlossen ist und gesteht in der Hoffnung, sich damit eine milde Bestrafung zu sichern. Diese Geständnisse werden besonders von den Angeklagten abgelegt, die bereits häufig vor Gericht standen, ihre Aussichten auf Freispruch und Verurteilung berechnen können und die Neigung des Gerichtes kennen, den geständigen Angeklagten mit einer Strafmilderung zu belohnen. Dementsprechend gestalten sie die Ablegung des Geständnisses oft äußerst dramatisch und warten den Zeitpunkt ab, in dem ein Geständnis dem Gericht als große Erleichterung seiner Arbeit erscheinen muß, z.B. nach oder während der Durchführung einer langwierigen und schwierigen Beweisaufnahme.

Man spricht hier von den "Zweckgeständnissen routinierter

Henschel, GS 74, S.76/77; Lohsing, S.97 ff.

1) Wimmer, ZStW 50, S.586

2) Dreher-Maassen, Vorbem. § 13 I 1 a; Dreher, Strafe, S.98; Jung, JR 1931, S.21; KMR § 267 B a; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B VI b; Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh. IV 5; Glaser, NJ 1948, S.49; Wimmer, NJW 1947/48, S.177, ZStW 50, S.569 ff.; Mayer, ZStW 27, S.923 f.; Bohne, ZStW 47, S.446; Liepmann, ZStW 44, S.679 f.; Sachs, S.97; Sauer, Allgem. Strafrechtslehre, § 32 I 3 c; Hartung, S.601; Henschel, GS 74, S.77; Seelig, S.224; Lohsing, S.97 ff.; Grassberger, S.158 f.

Verbrecher".¹⁾

Zu der gleichen Gruppe von Geständnissen gehören auch diejenigen, durch die ein Angeklagter eingehende Beweiserhebungen vermeiden will, weil er fürchtet, daß dadurch andere von ihm verübte Straftaten, die bis jetzt noch nicht entdeckt wurden, aufgedeckt werden könnten.

Ähnlich verhält es sich in den Fällen, in denen der Angeklagte eine ihm zur Last gelegte leichtere Straftat gesteht, um später, wenn er wegen eines schwereren Deliktes zur Verantwortung gezogen wird und dieses bestreitet, sich auf seine "erprobte" Wahrheitsliebe zu berufen.

Weiter kann der Angeklagte gestehen, um eine Entweichungsmöglichkeit, z.B. Aufhebung des Haftbefehls, zu erreichen. Oder er gesteht, weil er die Unbequemlichkeit eines Prozesses, die Ungewißheit über seinen Ausgang möglichst rasch hinter sich bringen will und damit auch die Strafe sofort verbüßen kann, um dann zu neuen Taten bereit zu sein.

Diesen Zweckgeständnissen entsprechen die Fälle der Selbstanzeige, in denen der Täter sich selbst zur Anzeige bringt, um zu einer milderer Strafe verurteilt zu werden, da er fürchtet, daß seine Straftat von den Strafverfolgungsbehörden entdeckt wird; um die Aufklärungsarbeit der Strafverfolgungsbehörde dieser Straftat wegen zu beenden, weil er fürchtet, daß in ihrem Zusammenhang weitere von ihm begangene Straftaten entdeckt werden könnten; um seine Aufrichtigkeit unter Beweis zu stellen, was ihm vielleicht in Zukunft bei bereits oder noch nicht entdeckten schwereren Straftaten von Nutzen sein könnte oder um sich von der Ungewißheit, ob die Tat entdeckt werden wird oder nicht, zu befreien.

Der Angeklagte kann aber auch gestehen und sich selbst anzeigen aus Gleichgültigkeit und Abgestumpftheit gegenüber der zu erwartenden Strafe, aus Rache gegenüber seinem Komplizen, die er mit seinem Geständnis und der

1) Dreher, Strafe, S.98

Selbstanzeige belastet, oder aus schwächlicher Gefügigkeit.

Als dritter Komplex können die Geständnisse und Selbstanzeigen zusammengefaßt werden, die der Angeklagte aus Renommiersucht, im Hochgefühl seiner Nichtswürdigkeit oder auftrumpfend mit seiner Rechtsfeindschaft ablegt, bei denen er sich darin gefällt, ein geschworener Feind der geltenden Rechtsordnung zu sein.

4. a) Wenn die Motive des oben angeführten ersten Komplexes gegeben sind, hält die herrschende Meinung eine Strafmilderung für gerechtfertigt. Das gilt besonders für den Fall, in dem das Geständnis ein Indiz für Reue des Täters ist¹⁾.

Aus der Reue ergebe sich, daß der Täter sich der Rechtsordnung unterwerfe²⁾, sein Unrecht einsehe³⁾ und seine Tat ablehne. Aus der Reue könne damit auf die Einstellung des Täters zu seiner Tat geschlossen werden⁴⁾, und zwar in dem Sinne, daß die Tat nicht auf der "Leitlinie" seines Charakters liege und damit für die Tat einen geringeren Schuldgrad indiziere. Wirkliche Reue lasse einen Rückschluß auf ein geringes Schuldmaß zu und rechtfertige damit eine Strafmilderung.

Liepmann⁵⁾ und Sauer⁶⁾ halten eine Strafmilderung deshalb für gerechtfertigt, da die Reue des Täters zeige,

1) Dreher, Strafe, S.97; Jung, JR 1931, S.21; Maurach, AT § 63 II B 3 a aa; Mayer, § 58 III 1 b bb; OLG Hamm, SJZ 1950, S.844; Glaser, NJ 1948, S.49; Hauck, ZStW 27, S.928; Henschel, GS 74, S.24; Sachs, S.97; Peters, Strafzumessung, S.740; KMR § 267 B a; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B VI b; Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh. IV 5; Seelig, S.284 Anm.226; Hartung, S.606; Gneist, S.83; Sauer, Kriminologie, § 21 A I 2 a; Kriminalsoziologie, § 10 II A 2 aa.

2) Sachs, SJZ 1949, S.103

3) Schwarz, StPO § 267, 2 A b u. c

4) Eb. Schmidt, Materialien, Bd. I, S.27; Peters, Strafr. S.107

5) ZStW 22, S.87; 44, S.679

6) Sauer, Allgem. Strafrechtslehre, § 32 I 3 c

daß ein Teil der Aufgaben der Strafe, der darin bestehe, den Täter zur Einsicht zu bringen, bereits durch den Täter vor der Verurteilung erfüllt worden sei. Der Täter offenbare durch seine Reue jene Haltung gegenüber Recht und Moral, wie sie von der Strafjustiz selbst angestrebt werde.

b) Die an zweiter Stelle genannten Motive des Geständnisses aus prozeßtaktischen Überlegungen rechtfertigen dagegen nach der herrschenden Meinung keine Strafmilderung. Geständnisse aus diesen Motiven dürfen nach der herrschenden Meinung die Strafzumessung nicht beeinflussen, da aus ihnen keine Rückschlüsse auf die Schuld des Täters zur Zeit der Tat gezogen werden können¹⁾.

c) Es wird angenommen²⁾, daß Geständnis und Selbstanzeige unter Umständen sogar eine Straferhöhung rechtfertigen. Dieses soll der Fall bei den Motiven des dritten Komplexes sein, da aus ihnen auf eine besonders hohe Schuld des Täters geschlossen werden könne.

III. Stellungnahme.

Der herrschenden Meinung, die eine Verwertung des Geständnisses und der Selbstanzeige bei der Strafzumessung nur als Indiz für die Schuld des Täters zuläßt, muß zugestimmt werden. Sie steht auch mit den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen über die Berücksichtigung des prozessualen Verhaltens des Angeklagten bei der Strafzumessung in Einklang.

1. Voraussetzung für die Berücksichtigung des Geständnisses muß sein, daß ein Geständnis im engeren Sinne nach der

1) Dreher-Maassen, Vorbem. § 13 I 1 a; KMR § 267 B a; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B VI b; Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh. IV 5; Jung, JR 1931, S. 21

2) Sauer, ZStW 50, S. 690; Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh. IV 5

oben angegebenen Definition vorliegt.

- a) Das Geständnis muß der Wahrheit entsprechen.

Der Richter muß daher, bevor er sich mit der Frage der Auswirkung des Geständnisses auf das Strafmaß beschäftigt, sich darüber Gewißheit verschaffen, daß die oben angeführten Möglichkeiten eines falschen Geständnisses nicht gegeben sind. Ein unwahres Geständnis darf weder als Beweis der Verurteilung zugrunde gelegt werden, noch kann es Auswirkungen auf die Strafzumessung haben, da in diesem Falle der Angeklagte nicht schuldig im Sinne der Anklage ist, es also zu keiner Verurteilung und damit Strafzumessung kommen darf.

Das gleiche gilt für die Selbstanzeige, die aus denselben Gründen unwahr sein kann wie das Geständnis und in diesem Falle ebenfalls keine Verurteilung und damit Strafzumessung herbeiführen darf.

- b) Das Geständnis muß ausdrücklich und in dem Bewußtsein erfolgen, damit zur Überführung beizutragen.

Nur wenn der Angeklagte ausdrücklich die ihm zur Last gelegte Tat in dem Bewußtsein eingesteht, sich damit der Bestrafung auszuliefern, ist es möglich, aus diesem Verhalten auf seine Tatschuld zu schließen. Ist der Angeklagte sich dagegen nicht darüber im klaren, daß er eine ihn belastende Tatsache zugestanden hat, kann dieses Zugeständnis auch kein Schuldindiz sein. Ebenso verhält es sich mit dem vermuteten oder stillschweigenden Geständnis, da bei ihm die oben angeführten Motive nicht Grundlage des Verhaltens sein können.

Eine Selbstanzeige dagegen erfolgt stets ausdrücklich und im Bewußtsein der eigenen Belastung.

- c) Weiter ist - über den Begriff des Geständnisses im engeren Sinne hinaus - erforderlich, daß das Geständnis freiwillig erfolgt.

Ein erzwungenes Geständnis ist nicht nur beschränkt glaubwürdig, sondern auch bei der Strafzumessung des-

wegen nicht verwertbar, da es sich in diesem Falle um kein prozessuales Verhalten des Angeklagten, sondern um ein ihm aufgezwungenes Verhalten handelt, das nicht Ausdruck seiner Persönlichkeit ist und deshalb auch keinen Aufschluß über die Art seiner Persönlichkeit bei Tatbegehung für die Tatschuld geben kann.

Ebenso verhält es sich im Falle der Selbstanzeige, nur daß hier der Zwang nicht von den Strafverfolgungsbehörden oder dem Gericht ausgeübt werden kann, da ihnen die Tat oder Täterschaft des Anzeigenden nicht bekannt ist. Es ist jedoch möglich, daß der Angeklagte von anderen Personen zur Selbstanzeige gezwungen wird.

2. Eine Verwertung von Geständnis und Selbstanzeige als Schuldindiz bei der Strafzumessung ist wie bei jedem verwertbaren prozessualen Verhalten des Angeklagten zulässig.

a) Es muß hierbei jedoch beachtet werden, daß Geständnis und Selbstanzeige als solche kein Indiz großer oder geringer Tatschuld in dem Sinne sind, daß aus ihnen in jedem Fall auf eine hohe oder geringe Tatschuld geschlossen werden könnte.

aa) Ein Schluß auf die Tatschuld setzt vielmehr die Kenntnis der Motive für das Geständnis und die Selbstanzeige voraus.

Diese Erkenntnis der Motive wird dem Richter häufig dadurch erschwert, daß der Angeklagte sein wahres Motiv zu verschleiern versucht und sich bemüht, dem Gericht seine falsche Motivierung zu suggerieren. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Angeklagte bei seinem Geständnis, das er aus rein prozeßtaktischen Gründen ablegt, Reue und Zerknirschung über seine Tat vorspiegelt.

bb) Aber selbst wenn das Motiv von Geständnis und Selbstanzeige aufgedeckt ist, muß als weitere Voraussetzung für einen Schluß auf die Tatschuld festgestellt werden,

daß dieses Motiv generell für einen solchen Rückschluß geeignet ist.

Wie ausgeführt wurde, ist bei der Mehrzahl der Motive ein solcher Rückschluß gar nicht möglich, weil das Motiv mit der begangenen Tat in keinem Zusammenhang steht. Wer gesteht oder sich selbst zur Anzeige bringt, um sich die Milde des Gerichtes zu sichern, gibt damit keinen Anhaltspunkt darüber, wie er zu seiner Tat steht und wie groß seine Schuld bei Begehung der Tat war. Ebenso verhält es sich in den anderen oben aufgeführten Fällen des Zweckgeständnisses und der Selbstanzeigen, in denen der Angeklagte sich von der Ablegung des Geständnisses oder der Selbstanzeige irgendwelche Vorteile verspricht.

3. Der Hauptfall, in dem ein Schluß auf eine verminderte Tatschuld möglich ist, ist der Fall des Geständnisses oder der Selbstanzeige aus Reue.

a) Hierbei muß aber noch berücksichtigt werden, daß Reue - ebenso wie das Geständnis - ein "schwankendes" Indiz ist, also nicht immer ein Anzeichen für geringe Tatschuld ist.

aa) Liepmann¹⁾ und Wimmer²⁾ haben ausgeführt, daß Reue besonders häufig ein Symptom für Charakterschwäche ist und besonders die "Stammgäste" der Strafanstalten, das Heer der kleinen Diebe und Betrüger und die Gewohnheitsverbrecher ebenso leicht Reue empfinden, wie sie bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit ihre guten Vorsätze wieder vergessen und rückfällig werden.

Hier ist die Reue Ausdruck einer labilen Persönlichkeit, gegen die ein besonders großer Vorwurf erhoben werden muß, da die Straftat für sie bei zumutbarer Willensanspannung vermeidbar gewesen wäre. Die Reue ist bei ihnen

1) ZStW 22, S. 88, 92; 44, S. 679

2) ZStW 50, .587, 588

kein Indiz geminderter Tatschuld und eine Strafmilderung nicht gerechtfertigt.

bb) In den Fällen jedoch, in denen der Angeklagte seine Tat wirklich in dem oben ausgeführten Sinne bereut und diese Reue Ausdruck geringer Rechtsfeindschaft ist, kann im Einzelfall aus dem reumütigen Geständnis auf ein geringes Schuldmaß im Zeitpunkt der Tatbegehung geschlossen werden. Es kann hier angenommen werden, daß die Tat der Persönlichkeit des Täters grundsätzlich fremd ist und es zu der Straftat aus Gründen kam, die den Täter daran hinderten, im Augenblick der Tatbegehung das Unrechte seiner Handlung zu erkennen und dieser Erkenntnis entsprechend zu handeln. Vorwiegend wird es sich hier also um Augenblicks- und Gelegenheitstaten handeln. Nur in diesen Fällen, die in der Praxis sehr selten sind, ist eine milde Strafe auf Grund des Geständnisses gerechtfertigt. Entsprechendes gilt für die Selbstanzeige. Auch sie darf nur dann strafmildernd verwertet werden, wenn sie aus wirklicher Reue über die eigene Verfehlung und aus dem Bestreben, die Tat zu sühnen, erfolgte und damit als Indiz für eine geringe Tatschuld bewertet werden kann.

- b) Es ist zwar zutreffend, daß - wie Liepmann, Fauer und Buchwald ausführen - durch die Reue, die die Einsicht in das Verwerfliche des Handelns voraussetzt, ein Teil der der Strafe obliegenden Aufgaben vom Täter bereits erfüllt ist.

Nach der hier vertretenen Auffassung soll die Strafe jedoch in erster Linie die Tat nach Maßgabe der Schuld vergelten und sollen spezialpräventive Zwecke nur im Rahmen der Schuldstrafe verfolgt werden.

Die Aufgabe, den Täter zur Einsicht zu bringen, ist jedoch eine aus der Spezialprävention erwachsende Aufgabe, die die Strafe niemals unter das Maß der Schuldstrafe herabmindern kann. Die Tatsache allein, daß der Täter nach Begehung der Straftat das Unrechtmäßige seiner Handlung eingesehen hat, ohne Rückschluß auf die Tat-

schuld, darf daher nicht zu einer Strafmilderung, die den Rahmen der Schuldstrafe unterschreitet, führen. In den meisten Fällen wird jedoch aus der Reue auf eine gemilderte Tatschuld geschlossen werden können, so daß Vergeltung und Spezialprävention hier nicht zu widersprechenden Ergebnissen führen und die Gefahr, daß an Stelle des Menschen in der Hauptverhandlung eine "rekonstruierte Mumie" bestraft wird, nicht so groß ist, wie Buchwald¹⁾ annimmt.

4. Der herrschenden Meinung muß zugestimmt werden, wenn sie feststellt, daß das Geständnis und die Selbstanzeige im Einzelfall auch Ausdruck einer besonders hohen Tatschuld sein und somit eine strafschärfende Wirkung ausüben können.

Wer gesteht und sich selbst anzeigt, um sich z.B. mit seiner Rechtsfeindschaft zu brüsten, von dem kann normalerweise angenommen werden, daß die Straftat auf der "Leitlinie" seines Charakters liegt, daß er auch im Augenblick der Tat das Unrechte seiner Handlungsweise eingesehen hat, aber bewußt nicht nach dieser Einsicht gehandelt hat. Der Schuldvorwurf ist hier also schwerer, als wenn er nur das Unrechte seiner Handlung hätte erkennen und nach dieser Erkenntnis hätte handeln können.

5. Zusammenfassend ist also festzustellen:

- 1) Die Verwertbarkeit von Geständnis und Selbstanzeige bei der Strafzumessung setzt ihre volle Glaubwürdigkeit voraus.
- 2) Geständnis und Selbstanzeige als Verfahrenstatsache dürfen die Strafzumessung nicht beeinflussen.
- 3) Geständnis und Selbstanzeige dürfen nur als Indiz für die Tatschuld bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

1) Buchwald, NJ 1948, S.109

Hierbei ist zunächst das Motiv des Geständnisses und der Selbstanzeige zu ermitteln. Sodann ist zu prüfen, ob aus dem Motiv auf eine hohe oder geringe Tatschuld geschlossen werden kann.

Die Vielzahl der Motive lassen diesen Schluß überhaupt nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Geständnis und Selbstanzeige können im Einzelfall nicht nur Indiz für eine geringe, sondern auch für eine hohe Tatschuld sein und damit sowohl eine strenge wie eine milde Strafe rechtfertigen

§ 3 Das Leugnen des Angeklagten.

A Definition

I. Leugnen als Bestreiten.

Wenn auch der Ausdruck "leugnen" in der Praxis nicht einheitlich verwendet wird, so wird doch als "leugnender Angeklagter" immer derjenige bezeichnet, der seine Tat nicht zugibt, also kein Geständnis ablegt, sondern die ihm zur Last gelegte Tat bestreitet¹⁾.

1. Der Angeklagte kann die ihm zur Last gelegte Tat auf verschiedene Weise bestreiten:
 - a) Er bestreitet die der Anklage zugrunde liegenden tatsächlichen Tatumstände, also den objektiven Tatbestand der Straftat, z.B. er behauptet, den tötlichen Schuß nicht abgegeben zu haben.
 - b) Er bestreitet seine Schuld, also den subjektiven Tatbestand der Straftat, z.B. er habe den X nicht töten wollen.
 - c) Als ein Bestreiten des Schuldvorwurfes stellt sich auch das Behaupten von Rechtfertigungs-, Schuld- und Strafausschließungsgründen dar, z.B. der Angeklagte behauptet, in Notwehr gehandelt zu haben oder er sei durch Gewalt zu
-

der Handlung genötigt worden oder der Bestohlene sei sein Vater.

d) Der Angeklagte kann weiter bestreiten, daß die vom Gericht geäußerte Rechtsauffassung zu der ihm vorgeworfenen Tat irrig sei und seine eigene Rechtsauffassung vortragen.

2. Dieses Bestreiten des Angeklagten - soweit es sich nicht auf Rechtsauffassungen bezieht - kann der Wahrheit entsprechen (z.B. der Angeklagte hat X nicht getötet). Es kann aber auch gutgläubig sein, z.B. der Angeklagte ist überzeugt, daß er X nicht getötet hat.

Das Bestreiten kann aber auch bewußt wahrheitswidrig sein, und der Angeklagte mit ihm den Zweck verfolgen, sich der Bestrafung zu entziehen.

Das Bestreiten von Rechtsauffassungen kann nicht der Wahrheit entsprechend, unwahr oder gutgläubig, sondern nur zutreffend oder unzutreffend sein, da die Begriffe "wahr" und "unwahr" sich nur auf Tatsachen beziehen können.

II. Leugnen.

In diesem letzten Falle handelt es sich um das eigentliche Leugnen einer Straftat im Gegensatz zum Bestreiten.

1. Der Begriff des Leugnens setzt damit voraus, daß der Angeklagte wider besseres Wissen bewußt falsche tatsächliche Angaben macht und Behauptungen aufstellt, um der Bestrafung zu entgehen¹⁾.

Es genügt also nicht, daß der Angeklagte gutgläubig eine Behauptung aufstellt, die sich als unrichtig nach der Überzeugung des Gerichtes erweist. Es kann auch nicht als Leugnen bezeichnet werden, wenn die vom Angeklagten behaupteten Tatsachen wirklich zutreffen.

1) BGH LM § 267 III Nr.11 = JZ 1951, S.727;
RG 38,208; Sachs, S.89

2. Daraus folgt, daß "leugnen" nur der nach der Anklage schuldige Angeklagte kann. Der nicht schuldige Angeklagte kann nach dieser Definition des Leugnens nur bestreiten, aber niemals leugnen.

Der Begriff des Leugnens setzt also einen im Sinne der Anklage schuldigen Angeklagten voraus.

Bevor der Angeklagte nach der Auffassung des Gerichtes der ihm zur Last gelegten Tat als überführt angesehen werden muß, kann daher - genau genommen - von einem "Leugnen" des Angeklagten nicht gesprochen werden.¹⁾

B. Berücksichtigung des Leugnens bei der Strafzumessung durch die herrschende Meinung.

Welche Berücksichtigung das Leugnen bei der Strafzumessung finden kann oder muß, ist die umstrittenste Frage der Strafzumessungslehre.

I. Nicht zu berücksichtigende Gesichtspunkte.

1. Einigkeit besteht jedoch darüber, daß das Leugnen eines Angeklagten nicht aus prozeßökonomischen Gründen strafschärfend gewertet werden darf.

Der leugnende Angeklagte erschwert dem Gericht den Schuldbeweis. Er zwingt das Gericht zur Vernehmung von Zeugen, auf deren Vernehmung im Falle eines geständigen Angeklagten hätte unter den oben angeführten Voraussetzungen verzichtet werden können. Er erschwert die Abfassung des Urteils, da der Richter für jedes subjektive und objektive Tatbestandsmerkmal der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat darlegen muß, aus welchen Gründen er zu dem Ergebnis gekommen ist, daß der Angeklagte schuldig im Sinne der Anklage ist. Der leugnende Angeklagte erschwert dem Richter nicht nur seine Arbeit, sondern raubt ihm auch seine Zeit.

1) v. Bomhard, Recht 1905, S. 238

Es wird daher als menschlich verständlich empfunden, daß der Richter dem leugnenden Angeklagten gegenüber eine gewisse Verärgerung empfindet. Doch darf diese nach der herrschenden Meinung keinen Einfluß auf das Strafmaß ausüben¹⁾.

2. Weiter wird in dem Leugnen keine Verletzung des Autoritätsanspruches des Gerichtes oder der dem Gericht geschuldeten Achtung und damit eine "Ungebühr" vor Gericht gesehen.

Diese - vielleicht unbewußte - Vorstellung des Richters, die bei der Bezeichnung eines Leugnens als "dreist" durchscheint, darf nach der herrschenden Meinung auf das Strafmaß ebenfalls keinen Einfluß haben²⁾.

II. Berücksichtigung des Leugnens als Verfahrenstatsache.

1. Die herrschende Meinung³⁾ geht weiter davon aus, daß Leugnen als Verfahrenstatsache die Strafzumessung nicht beeinflussen dürfe. Das Leugnen als prozessuales Verhalten wird als solches nicht als Strafzumessungsgrund anerkannt. Eine Strafschärfung, nur weil der Angeklagte leugnet, wird abgelehnt.

1) Glaser, NJ 1948, S.49; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B VI b; BGH 1, 105; Peters, Strafrichter, S.107; Kurnicki, DJZ 1906, S.537; Mayer, ZStW 27, S.922

2) Sachs, SJZ 1949, S.103; Schmidt-Leichner, NJW 1951, S.9; Käß, S.468

3) RG JW 1930, S.713; Nagler, LK, Vorbem. § 13 Anh. IV 5; Wimmer, DReZ 1950, S.269; NJW 1947/48, S.178; ZStW 50, S.539, 552; Jung, JR 1931, S.22; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B VI b; Jagusch in L-R, § 337 I 2 a; Dreher, Strafe, S.99; Kohlrausch-Lange, Vorbem. § 13 A IV 8; Schöнке-Schröder, Vorbem. § 13 VIII 5 h; Schwarz StPO, § 267, 2 A b; Seibert, MDR 1952, S.458; Kallmann, Goldt. A.54, S.231; Peters, Strafrichter, S.107; LB. § 75 III 4 b aa; Liepmann, ZStW 44, S.680; BGH 1, 105, 106; NJW 1952, S.435; OGH BZ 2, 220; Hans. OLG Bremen, NJW 1951, S.286

- a) Dies gilt für jede Art des Leugnens, insbesondere für das sog. "hartnäckige" oder "verstockte" Leugnen, von dem man dann spricht, wenn der Angeklagte trotz erdrückender Gegenbeweise die Tat abstreitet.
- b) Es gilt ebenfalls dann, wenn das Leugnen zur Vernehmung weiterer Zeugen führt. Davon wird auch keine Ausnahme gemacht, wenn es sich um jugendliche Zeugen in Sittlichkeitsprozessen handelt und zu befürchten ist, daß ihre Vernehmung im Rahmen der Hauptverhandlung evtl. zu seelischen Schädigungen führt¹⁾.

2. Früher wurde dagegen die Auffassung vertreten, daß Leugnen dann strafscharfend verwertet werden dürfte, wenn es sich als "Mißbrauch des dem Angeklagten zustehenden Verteidigungsrechtes" darstelle²⁾.

Diese Auffassung hat besonders das Reichsmilitärgericht³⁾ in seinem Plenarbeschuß vom 19. April 1907 vertreten. Ein Mißbrauch des Verteidigungsrechtes liegt hiernach dann vor, wenn das Bestreiten der Tat als etwas "Verwerfliches" anzusehen ist, wenn ein offenes Bekennen der Tat eine "unabweisbare Forderung der Ehre und des Anstandes" ist. Bestraft werde in diesen Fällen nicht das Leugnen an sich, sondern der in der Art des Leugnens liegende Mißbrauch des Verteidigungsrechtes, den der Tatrichter damit zum Ausdruck bringen könne, daß er das Leugnen als "hartnäckig", "dreist", "frech" oder "keck" bezeichne. Diese Auffassung wird heute - wie oben ausgeführt - nicht mehr vertreten.

1) BGH 1, 342 = JZ 1951, S. 727; RG Goltd. A. 68, S. 360; Jagusch, LK Vorbem. § 13 VI b; Geier, L-R, § 267 Anm. 10 c; Jagusch, L-R, § 337 I 2 a; Schwarz, StPO § 267, 2 A b; Seibert, DRiZ 1955, S. 35.

2) Olshausen, S. 82; Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh. IV 5.

3) RMG 11, 95 ff.; zustimmend Brandt, JW 1925, S. 2720 f.

3. a) Der überwiegende Teil der Rechtsprechung und Literatur¹⁾ leitet die Unzulässigkeit der Berücksichtigung des Leugnens als Verfahrenstatsache aus der Stellung des Angeklagten im Prozeß ab.

Man geht davon aus, daß der Angeklagte nicht verpflichtet ist, dem Gericht den Schuldbeweis zu erleichtern und deshalb zu seiner Verteidigung ein Aussageverweigerungsrecht hat. Stillschweigen auf die Anklage sei aber - so wird geltend gemacht - keine "Verteidigung", weil der Angeklagte in diesem Falle nichts zu seiner Entlastung vorbringen könne und sich außerdem in die Gefahr begeben, daß das Gericht aus seinem Schweigen auf seine Schuld schließe. Deshalb müsse der Angeklagte auch berechtigt sein, wahrheitswidrig seine Schuld abzustreiten²⁾.

Der leugnende Angeklagte erhebe damit nur den ihm zustehenden Anspruch auf den Nachweis seines strafbaren Handelns durch das Gericht³⁾.

- b) Die herrschende Meinung beruft sich weiter darauf, daß der Gesetzgeber keine Vorschrift geschaffen habe, aus der sich die Verpflichtung des Angeklagten zur Angabe der Wahrheit ergebe⁴⁾.

Das geltende Recht sehe vielmehr um der Wahrheitsfindung willen davon ab, den Schuldigen zu einem Geständnis zu verpflichten und in dieser Hinsicht einen Druck auf ihn auszuüben⁵⁾.

1) Jagusch, LK Vorbem. § 13 B VI b; Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh. IV 5; v. Bomhard, Recht 1905, S. 238; Wimmer, ZStW 50, S. 538; Käß, S. 467; RG JW 1930, S. 713; RMG 8, S. 209.

2) Tillmann, L-R, § 136, 5; Henschel, GS 74, S. 27; Hartung, S. 606; Köhler, S. 689; Jung, JR 1931, S. 22; Köhler, Goldt. A. 54, S. 18; RMG 11, S. 99.

3) Peters, Strafrichter, S. 107; Kurnicki, DJZ 1906, S. 538.

4) Wimmer, ZStW 50, S. 538; RMG 3, S. 68; 8, S. 209.

5) Geier, L-R, § 267 Anm. 10 c; BGH 1, S. 106.

Dem Angeklagten obliege daher keine Wahrheitspflicht¹⁾. Anderer Auffassung sind Nagler²⁾, Peters³⁾, Henkel⁴⁾ und Binding⁵⁾, die die Anerkennung einer Wahrheitspflicht als allgemeiner sittlicher Pflicht in dem geltenden, von der Officialmaxime beherrschten und auf die Erforschung materieller Wahrheit angelegten Strafprozeß für unentbehrlich halten. Sie räumen aber ein, daß es sich bei dieser Wahrheitspflicht um eine "lex imperfecta" handelt⁶⁾, da kein Wahrheitszwang besteht und die Verletzung der Wahrheitspflicht nicht unter Rechtsnachteilen steht⁷⁾.

Damit kommen sie zu dem gleichen Ergebnis wie die herrschende Meinung, die weiter ausführt, daß der Gesetzgeber, entsprechend der nicht aufgestellten Wahrheitspflicht des Angeklagten, dem Richter auch keine Zwangsmittel eingeräumt habe, um den Angeklagten zu einer wahrheitsgemäßen Aussage zu bewegen.

Er habe vielmehr die früheren Lügen- und Ungehorsamsstrafen, durch die der Angeklagte zur Angabe der Wahrheit gezwungen werden sollte, abgeschafft⁸⁾. Dadurch habe der Gesetzgeber gezeigt, daß er Leugnen nicht als Grund zu strafrechtlicher Ahndung betrachte⁹⁾.

Leugnen sei ein nicht verbotenes Verteidigungsmittel¹⁰⁾.

1) Mayer, § 58 III 1 b bb; Eb.Schmidt, LK § 136 Ertl.10, 11; Beling, § 62 II 3 a; Birkmeyer, § 21 II 2; Niederreuther, GS 109, S.64 ff.; Hartung, S.600; Sachs, S.94; Henschel, GS 74, S.21; Beling, ZStW 24, S.253; Engelhard, ZStW 58, S.354; Glaser, NJ 1948, S.49; Maurach, BT, § 82 II B 2.

2) LK Vorbem. § 13 Anh.IV 5

3) LB, § 28 IV 2

4) § 50 IV

5) DJZ 1909, S.164

6) Henkel, § 50 IV

7) Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh.IV 5

8) Jagusch, LK Vorbem. § 13 A IV 2 e; § 13 VI b; Mayer, § 58 III 1 b bb; Peters, LB § 28 IV 2; Binding, DJZ 1909, S.164; Radbruch, S.121; Liepmann, ZStW 44, S.671; Puchelt, S.278.

9) Kallmann, Goltd.A.54, S.231

10) Maurach, AT, § 63 II B 3 a cc.

Es wird jedoch von der herrschenden Meinung abgelehnt, aus dieser Regelung auf ein "Recht" des Angeklagten auf Lüge zu schließen. Wenn auch nach der herrschenden Meinung der Angeklagte nicht verpflichtet ist, die Wahrheit zu sagen - ebensowenig wie er verpflichtet ist, überhaupt Aussagen zu machen oder ein Geständnis abzulegen -, so ergibt sich hieraus nach der herrschenden Meinung kein "Recht" des Angeklagten, das Gericht zu belügen oder irrezuführen¹⁾.

- c) Die Auffassung, daß das Leugnen des Angeklagten als Verfahrenstatsache keine Berücksichtigung bei der Strafzumessung finden dürfe, wird außer mit der Stellung des Angeklagten im Prozeß und der gesetzlichen Regelung damit begründet, daß das Leugnen als Verfahrenstatsache nichts mit der Straftat, ihren Motiven und ihrer Gefährlichkeit zu tun habe²⁾.

Es ändere an der Straftat und dem in der Tat enthaltenen Schuldmaß nichts³⁾. Deshalb dürfe es auch nicht mit der Strafzumessung berücksichtigt werden.

4. Die Straffreiheit des Leugnens als Verfahrenstatsache findet nach der herrschenden Meinung jedoch da ihre Grenze, wo das Leugnen über den prozessualen Raum hinaus wirkt und in eine fremde Rechtssphäre eingreift⁴⁾. Wenn das Leugnen des Klaganspruches zugleich einen Tatbestand des Strafgesetzbuches erfüllt, ist der Angeklagte

1) Kern, § 25,1 c; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B VI b; Schönke-Schröder, Vorbem. § 13 VIII 5 h; Stock, § 40 IV 2; Glaser, NJ 1948, S.49; Bennecke-Beling, § 91; Gerland, § 48 II 2 b; Mezger, ZStW 40, S.162; Hellwig, GS 82, S.415; Beling, ZStW 24, S.253.

2) Liepmann, ZStW 44, S.680

3) Käß, S.468; Mayer, ZStW 27, S.922; OGH BZ 2, S.219, 220

4) Henkel, LB, § 50 IV; Eb.Schmidt, LK § 136 Erl.15; KMR § 136,3; Maurach, AT, § 63 II B 3 a dd; Niederreuther, GS 109, S.82.

insoweit wegen einer selbständigen rechtswidrigen Handlung strafbar. Dieser Fall tritt besonders dann auf, wenn der Angeklagte zur Abwendung des Tatverdachtes von sich diesen bewußt wahrheitswidrig auf einen anderen, unschuldigen Dritten lenkt, oder die Glaubwürdigkeit von Belastungszeugen durch wissentlich unwahre Tatsachen zu erschüttern versucht. Der Angeklagte kann in diesen Fällen - wenn die weiteren Voraussetzungen der Straftatbestände erfüllt sind - wegen falscher Anschuldigung (§ 164 StGB), Verleumdung (§ 187 StGB), Beleidigung (§ 185 StGB) und Irreführung über eine Straftat (§ 145 d StGB) bestraft werden.

Die Grenzen und Folgen des Leugnens werden also nach der herrschenden Meinung durch das materielle Strafrecht gezogen und bestimmt.

III. Berücksichtigung des Leugnens als Schuldindiz.

Daß das Leugnen als Verfahrenstatsache nicht strafbar und damit zu keiner Straferhöhung führen darf, bedeutet noch nicht, daß es auf die Strafzumessung überhaupt keinen Einfluß haben darf, da noch die Möglichkeit besteht, es als Schuldindiz für die zur Aburteilung stehende Straftat zu verwerten.

1. a) Früher wurde die Auffassung vertreten, daß auch eine solche Verwertung des Leugnens nicht in Betracht komme, da es sich beim Leugnen um ein "Recht" des Angeklagten handele.

Dieser Ansicht waren Beling¹⁾, Köhler²⁾, Liepmann³⁾, Käß⁴⁾, Hartung⁵⁾ und Kurnicki⁶⁾, die jede Straferhöhung

1) Beling, StW 24, S. 253

2) Köhler, § 60 I

3) Liepmann, ZStW 44, S. 680

4) Käß, S. 467

5) Hartung, S. 606

6) Kurnicki, DJZ 1906, S. 537, 538

im Falle eines leugnenden Angeklagten ablehnten, da es sich beim Leugnen um ein Recht des Angeklagten handle, dessen Geltendmachung nicht prozeßpflichtwidrig sei und für dessen Ausübung er nicht bestraft werden dürfe.

Das Leugnen sei deshalb auch nicht als Charaktersymptom bei der Strafzumessung verwertbar.

- b) Von anderen wurde die Möglichkeit des Rückschlusses auf die Tatschuld überhaupt nicht gesehen. Das war besonders bei dem Reichsmilitärgericht in seinen Entscheidungen vor dem oben aufgeführten Plenarbeschuß der Fall¹⁾.

Aber auch das Reichsmilitärgericht begründet seine Ansicht, Leugnen dürfe zu keiner Strafschärfung führen, damit, daß ein Bestreiten der Schuld durch den Angeklagten gesetzlich zulässig sei und deshalb niemals eine Straferhöhung rechtfertige, da der Angeklagte nur von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch mache.

2. Diese Ansicht wird heute jedoch nicht mehr vertreten. Die herrschende Meinung hält die Verwertung des Leugnens als Schuldindiz für zulässig.

- a) Schon das Reichsgericht machte die strafschärfende Verwertung des Leugnens von einem Rückschluß auf die Persönlichkeit des Angeklagten abhängig. Es ließ eine Strafschärfung dann zu, wenn aus dem Leugnen auf die Stärke der verbrecherischen Gesinnung, Mangel an Reue und im allgemeinen auf die Sinnesart des Angeklagten geschlossen werden konnte²⁾.

Das Reichsgericht führte weiter aus, daß das Gericht nicht gehindert sei, aus der Art, wie der Angeklagte sich äußere, Schlüsse auf für das Strafmaß wesentliche Umstände abzuleiten, obwohl der Angeklagte nicht verpflichtet sei,

1) RMG 3,68; 8,207 ff.; Urteil v.6.9.1905 zit. nach Hauck, ZStW 27, S.927

2) RG HRR 1929 Nr.1709 = JW 1930, S.713; Recht 1906, Nr.2320; Dt.StRZ 1920, S.374

sich auf die Beschuldigung zu erklären oder die Tat einzugestehen¹⁾. Bestraft werde in diesem Falle auch nur die Tat, aber die Tat in der Persönlichkeit des Täters, wie sie durch das Auftreten des Angeklagten vor Gericht erkennbar hervorgetreten sei²⁾.

Eine Ausnahme von dieser Rechtsprechung macht die Entscheidung des Reichsgerichtes vom 13.11.1905³⁾, die den Richter zur Straferhöhung für berechtigt hält, wenn er eine vom Angeklagten hartnäckig geleugnete Straftat für erwiesen hält.

Das Reichsgericht kommt mit dieser Formulierung in bedenkliche Nähe zur Lügenstrafe, da es die Straferhöhung allein davon abhängig macht, daß das Gericht die geleugnete Straftat für erwiesen hält, und der Angeklagte wider besseres Wissen die Straftat abstreitet. Diese Auffassung hat das Reichsgericht jedoch in den späteren, oben aufgeführten Entscheidungen nicht mehr aufrechterhalten, so daß man aus dieser Entscheidung nicht ableiten kann, daß das Reichsgericht das Leugnen einer erwiesenen Straftat als solches als Straferhöhungsgrund anerkannte.

- b) Der Bundesgerichtshof hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts fortgeführt und es für zulässig erklärt, aus dem Leugnen Schlüsse daraus zu ziehen, wie der Täter innerlich zu seiner Tat steht, und diesen Umstand, soweit sich dabei Anhaltspunkte für das Maß der persönlichen Schuld und den Grad der Gefährlichkeit ergeben, bei der Strafzumessung zu berücksichtigen⁴⁾.

Der Bundesgerichtshof läßt eine Strafschärfung dann zu, wenn der Angeklagte sich nach der Überzeugung des Gerichtes durch sein Leugnen "noch jetzt uneinsichtig zeigt, so daß der Sühne- und Abschreckungszweck der Strafe auch

1) RG Recht, 1906 Nr.2320

2) RG Recht, 1922 Nr. 695; DJZ 1907, S.483

3) RG 38,207

4) BGH 1,103,105 = MDR 1951,S.440 = Dallinger, MDR 1951 S.406; BGH NJW 1952,S.434 .

nicht teilweise schon erfüllt ist". Ohne einen solchen Rückschluß auf die gegenwärtige innere Haltung zur Tat sei der Richter zur Strafschärfung nicht berechtigt¹⁾. Der Bundesgerichtshof hält also eine Strafschärfung dann für gerechtfertigt, wenn das Leugnen des Angeklagten ein Anzeichen für mangelnde Reue, fehlende Unrechtseinsicht und die Gefahr künftiger Rechtsbrüche durch den Leugnenden ist²⁾.

Die gleiche Auffassung vertrat schon vor dem BGH das OLG Braunschweig in seinen Urteilen vom 24.10.1947³⁾ und 5.3.1948⁴⁾, in denen es ausführte, daß das Leugnen bei der Anpassung der Strafe an die Persönlichkeit des Täters berücksichtigt werden dürfe und dann, wenn es Verstocktheit, Verschlagenheit und Mangel an Einsicht und Reue erkennen lasse, auch zur Straferhöhung führen dürfe. Ebenso läßt das Hans.OLG Bremen in einer Entscheidung vom 13.12.1950⁵⁾ eine Straferhöhung zu, wenn aus dem Leugnen des Angeklagten geschlossen werden kann, daß er seine verbrecherische Gesinnung nicht aufgegeben hat und deshalb zur Erziehung und Abschreckung gegen ihn auf eine höhere Strafe erkannt werden muß.

- c) Auch die herrschende Meinung in der Literatur macht die strafschärfende Verwertung des Leugnens von einem Rückschluß auf die Schuld des Täters abhängig.

Das Leugnen darf dann bei der Strafzumessung strafschärfend berücksichtigt werden, wenn es ein Anzeichen für einen erhöhten, nachhaltigen verbrecherischen Willen, für Mangel an Reue und Einsichtslosigkeit, für Verstocktheit und damit für die Gefährlichkeit des Täters und die Gefahr

1) BGH 1,105

2) BGH LM § 267, III StPO Nr.26; Urt.v. 1.10.1953:
Dallinger, MDR 1953, S.723

3) SJZ 1949, S.136

4) MDR 1948, S.305 = Niedersächs.Rpfl. 1948, S.138 =
SJZ 1949, S.137

5) NJW 1951, S.286

künftiger Rechtsbrüche ist¹⁾).

Nicht mehr vertreten wird die Ansicht, daß mit der Straferhöhung für Leugnen der unwahrhaftige Mensch, der Lügner bestraft werden soll²⁾ oder eine Strafschärfung deshalb gerechtfertigt ist, weil jeder Täuschungsversuch belastet und zu erkennen gibt, daß "der Kriminalitätserreger in einer seiner verwerflichsten und gefährlichsten Gestalten, der Lüge, Verstellung und Entstellung, der Irreführung der Behörden fortgesetzt am Werke ist". Diese letzte Auffassung wird von Sauer³⁾ vertreten, der deshalb jedes Leugnen als "schulderhöhend"⁴⁾ und damit eine erhöhte Strafe für gerechtfertigt hält, da derjenige, "der auch noch vor dem Richter leugnet, statt reumütig zu gestehen, wider Moral und Recht handelt"⁵⁾.

3. Aus dieser Stellungnahme der herrschenden Meinung zu der strafschärfenden Verwertung des Leugnens ergibt sich, daß die herrschende Meinung nicht jedes Leugnen strafschärfend berücksichtigt wissen will.

Die Rechtsprechung und Lehre haben sich vielmehr schon immer gegen eine schematische Verwertung des Leugnens

1) Hellwig, Dt.StRZ.1936,S.422,423; Hauck, ZStW 27,S.927; Mayer, ZStW 27,S.923 f.; Kallmann, Goltd.A.54,S.231; zustimmend Mayer, ZStW 28,S.272; Peters, Strafrichter, S.107; Sachs, S.95; SJZ 1949,S.102 ff.; Rosenfeld, VDA III S.156; Dreher-Maassen, Vorbem. § 13 I 1 a; Dreher, Strafe, S.99; Kern, § 25,1 c; KMR § 267,9 B a; Kohlrausch-Lange, Vorbem. § 13 A IV 8; Jagusch, LK Vorbem. § 13 B VI b; Jagusch, L-R. § 337 I 2 a; Schöнке-Schröder, Vorbem. § 13 VIII 5 h; Schwarz,StPO § 267,2 A; Eb.Schmidt, Materialien, Bd.I S.27; Glaser, NJ 1948,S.48 f.; v.Weber,S.10; Welzel, § 33, II 2 a; Hülle, DRiZ 1951,S.37; Württenberger, JZ 1952, S.546 .

2) Schmidt, DJZ 1906,S.875

3) Sauer, Allgem.Strafrechtslehre, § 32 I 3 c

4) Sauer, Strafrecht, S.653; Kriminologie, S.364; Kriminalsoziologie, S.120

5) Sauer, Kriminalsoziologie, S.792 Anm.124 .

gewandt und haben die in der Praxis erkennbare Tendenz, jedes Leugnen als Strafschärfungsgrund zu benutzen, abgelehnt¹⁾.

Es wird auch nicht anerkannt, daß - wie Stock²⁾ meint - "in aller Regel" aus dem Leugnen des Angeklagten auf einen besonders hohen Schuldgrad geschlossen werden kann. Vielmehr ist nach der herrschenden Meinung eine Strafschärfung erst dann möglich, wenn die Motive des Leugnens zur Überzeugung des Gerichtes festgestellt sind und sich aus ihnen der Schluß auf ein hohes Schuldmaß ergibt.

4. Die Motive des Leugnens sind sehr zahlreich und vielfältig und nicht immer geeignet, einen Rückschluß auf die Schwere der Schuld zuzulassen³⁾.

a) So kommt es häufig vor, daß der Angeklagte seine Tat leugnet, weil er Angst vor Strafe, vor dem Verlust der Freiheit oder der Trennung von seinen Angehörigen hat. Sein Leugnen kann auch Ausdruck eines Ehr- und Schamgefühles sein, wenn der Angeklagte, der sich zwar innerlich von seiner Tat distanziert hat und sie verwirft, sich schämt, sie in der Öffentlichkeit zuzugeben oder sie zur Erhaltung seiner Selbstachtung nicht zugeben will. Weiter ist es möglich, daß er aus Ungeschicklichkeit leug-

1) Mayer, ZStW 27, S. 923; Kallmann, Goldt. A. 54, S. 231/32; Sachs, F. XIX, S. 94; Wimmer, NJW 1947/48, S. 177; ZStW 50, S. 540; Glaser, NJ 1948, S. 49; Liszt-Schmidt, § 68 III 2, Anm. 9; Dreher-Maassen, Vorbem. § 13 I 1 a; BGH 1, 106.

2) Stock, § 40 III 2

3) Dreher, Strafe, S. 99; Jung, JR 1931, S. 22; KMR § 267 B a; Jagusch, LK, Vorbem. § 13 B VI b; Nagler, LK, Vorbem. § 13 Anh. IV 5; BGH LM § 267 III Nr. 26; Glaser, NJ 1948, S. 49; Schönke-Schröder, Vorbem. § 13 VIII 5 h; Hans. OLG Bremen, NJW 1951, S. 286; Wimmer, ZStW 50, S. 567/585; Mayer, ZStW 27, S. 924 f.; Kallmann, Goldt. A. 54, S. 231, 232; Henschel, GS 74, S. 24 ff.; Sachs, S. 95, 96; v. Weber, S. 10; Seelig, S. 223, 285, Anm. 226.

net, daß er glaubt, sich damit den besten Dienst zu erweisen, wenn er die Tat solange wie möglich abstreitet. Es ist auch denkbar, daß er glaubt, den Zeitpunkt zur Ablegung eines Geständnisses verpaßt zu haben und deshalb nicht wieder zurückzukönnen und auf dem einmal begonnenen Bestreiten beharren zu müssen.

Der Angeklagte kann auch nur deshalb leugnen, weil er für den Fall seiner Verurteilung den Verlust seiner Stellung und damit seiner wirtschaftlichen Existenz befürchtet. Er kann leugnen, um Angehörige, die noch an seine Unschuld glauben, nicht zu verlieren, um seine Familie zu schützen sowohl vor der Schande wie vor dem Verlust der materiellen Sicherheit für den Fall seiner Verurteilung. Er kann auch fürchten, daß das Gericht seiner wahren Aussage keinen Glauben schenken wird oder er sich im Falle eines Geständnisses noch mehr belasten würde. Dies ist besonders häufig bei Sittlichkeitsdelikten der Fall, die oft auf einem Triebdurchbruch beruhen, der mit den Tendenzen der bewußten Persönlichkeit des Angeklagten nicht im Einklang steht. Die bewußte Persönlichkeit des Täters verurteilt die Tat. Der Täter weiß aber nicht, ob das Gericht willens und in der Lage ist, diesen Gegensatz zwischen Einsicht und Stärke der Triebe zu verstehen.

Der Angeklagte kann weiter durch sein Leugnen uneigennützig Helfer bei der Tat schützen wollen.

Dies hat das OLG Hamm¹⁾ in einer Entscheidung vom 7.9. 1948 angenommen, in der die wegen Kindstötung angeklagte uneheliche Mutter keine Angaben über die näheren Umstände der Geburt und der Vorgänge nach der Geburt machte. Ähnlich verhält es sich in dem Fall, in dem der Angeklagte aus falsch verstandener Kameradschaft leugnet, um das Versprechen seinen Komplizen gegenüber, unter keinen Umständen irgendetwas zuzugeben, zu erfüllen. Andererseits kann er aber auch für den Fall seiner Aussage die Rache seiner Komplizen fürchten und deshalb die Tat leugnen.

1) SJZ 1949, S.137

Alle diese Motive sagen nichts darüber aus, wie der Angeklagte zu seiner Tat steht und wie hoch seine Schuld ist. Sie sind deshalb als Schuldindiz unverwertbar und können auf die Strafzumessung keinen Einfluß haben¹⁾.

- b) Anders verhält es sich nach der herrschenden Meinung²⁾ dann, wenn der Angeklagte leugnet, um sich die Vorteile der Straftat, z.B. das versteckte Diebesgut, die unterschlagenen Gelder, zu erhalten; um zu vermeiden, von dem Geschädigten zur Wiedergutmachung herangezogen zu werden. Weiter wenn der Angeklagte leugnet, weil er die Gemeinschaftsordnung als solche für sich ablehnt und sich ihr nicht unterstellen will, weil er die Tat für richtig hält und sie noch einmal begehen würde oder will, weil er nicht einsieht, daß er sich rechtswidrig und falsch verhalten hat, die Tat also nicht bereut.

Ebenso wenn er die Gelegenheit des Leugnens dazu benutzt, aus Bosheit den Tatverdacht auf unschuldige Dritte, die ihm nicht genehm sind, abzuwälzen. Wenn er das Gericht durch sein Leugnen verhöhnen und die Zeugen in Wut versetzen will.

In diesen Fällen sieht die herrschende Meinung eine Strafschärfung für zulässig an, da sich aus diesen Motiven - wenn sie zur Überzeugung des Gerichtes festgestellt sind - auf eine besonders enge Verbindung des Täters zur Tat und damit auf eine hohe Schuld geschlossen werden könne.

- c) Die Stellungnahme der herrschenden Meinung zur Einsichtslosigkeit als Schuldindiz ist nicht einheitlich und bewegt sich in einschränkender Richtung.

Einsichtslosigkeit darf nach der herrschenden Meinung nur dann strafferhöhend verwertet werden, wenn sie ein Anhaltspunkt für das Maß der Schuld und den Grad der Gefährlichkeit des Täters ist³⁾.

1) s. Literatur Anm. 3 S. 123

2) s. Literatur Anm. 3 S. 123

3) Kohlrausch-Lange, Vorbem. § 13 A IV 8;
BGH LM § 267 III Nr. 26 .

aa) Die Prüfung der Einsichtslosigkeit unter diesem Gesichtspunkt macht besonders bei Fahrlässigkeitsdelikten im Verkehr Schwierigkeiten.

Beruhet die Einsichtslosigkeit in diesen Fällen auf der Überzeugung des Täters, unschuldig zu sein, so wird ein Anlaß zur Strafschärfung als nicht gegeben angesehen¹⁾. Dasselbe gilt, wenn der Angeklagte auch die Fahrweise des verletzten oder geschädigten Verkehrsteilnehmers nicht ohne jeden Grund für verkehrswidrig hält²⁾. Liegt jedoch ein besonders klarer und eindeutiger Unfallhergang vor, so soll dem Angeklagten sein Beharren auf der Ansicht, er sei schuldlos, als Strafschärfungsgrund angerechnet werden können³⁾.

Das Hans.OLG Bremen⁴⁾ sieht eine Warnung durch eine scharfe Strafe allgemein dann als gerechtfertigt an, wenn der Angeklagte nicht bereit ist, das Unerlaubte seines Tuns einzusehen, da in diesem Fall die Gefahr begründet erscheine, daß er sich auch in künftigen Fällen nicht darum bemühen werde, die ihm zumutbare Aufmerksamkeit in der erforderlichen Weise anzuspannen und daß somit die Begehung der gleichen Tat durch ihn drohe.

Eine Strafschärfung in diesem Falle leitet das OLG Köln⁵⁾ aus dem Gesichtspunkt der Spezialprävention ab. Der BGH⁶⁾ dagegen hat entschieden, daß die Erwägung, das Verhalten des Angeklagten in der Hauptverhandlung zeige, daß ihm die Bedeutung und Tragweite seines Verhaltens bis jetzt noch nicht klar geworden sei, in dieser Allgemeinheit fehlerhaft ist. Wenn schon bei vorsätzlichen Delikten das Ableugnen der Tat nicht um seiner selbst willen als Strafschärfungsgrund berücksichtigt werden dürfe, um so weniger

1) Jagusch, L-R. § 337 I 2 a

2) OLG Köln, Goldt.A.1958, S.251

3) KGdt.StR. 1939, S.354

4) JR 1952, S.484

5) NJW 1953, S.876

6) NJW 1952, S.434; so auch OLG Düsseldorf VRS 6, S.465; Kohlrausch-Lange Vorbem. § 13 A IV 8

dürfe bei fahrlässigen Straftaten die mangelnde Einsicht, daß der Schuldvorwurf zu Recht bestehe, schlechthin zur Strafschärfung führen.

- bb) Die Berufung auf Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe wird in der Regel nicht als "einsichtsloser Starrsinn" angesehen¹⁾.

Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, daß einem Angeklagten, der den äußeren Tathergang im wesentlichen zugibt, die Berufung auf Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe nicht strafschärfend angerechnet werden dürfe und keinen einsichtslosen Starrsinn darstelle, wenn das Gericht seinen Rechtsstandpunkt nicht teile²⁾.

C. Stellungnahme

I. Stellung des Gesetzgebers zum Leugnen.

1. Der Begriff "Leugnen" ist dem Gesetz fremd. Er tritt weder im Strafgesetzbuch noch in der Strafprozeßordnung auf.

Dadurch unterscheidet sich das Leugnen von den prozessualen Verhaltensweisen des Schweigens, der Flucht, der Rechtsmitteleinlegung und des ungebührlichen Verhaltens vor Gericht. Im Gegensatz zum Leugnen hat der Gesetzgeber die Rechtsfolgen des ungebührlichen Verhaltens in § 178 GVG, der Flucht oder des Nichterscheinsens vor Gericht in den Vorschriften über Vorführung und Haftbefehl festgelegt. Im Gegensatz zum Leugnen hat der Gesetzgeber dem Angeklagten ein Aussageverweigerungsrecht in § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ausdrücklich eingeräumt und ihm den Gebrauch von Rechtsmitteln freigestellt. Dem Angeklagten ist auf seine Frage zu bestätigen, daß er nicht auszusagen brauche. Es ergibt sich aber nicht aus dem Gesetz, daß dem Ange-

1) Kohlrausch-Lange, Vorbem. § 13 A IV 8

2) BGH NJW 1953, S. 193 = BGH 3, 199

klagten auch bestätigt werden müßte, daß er wissentlich unrichtige Angaben machen - also leugnen - dürfe.

2. Aus dem Schweigen des Gesetzgebers ergibt sich damit zweierlei:

- a) Die prozessuale Stellung des Angeklagten wird durch sein Leugnen nicht berührt. Der Angeklagte, der im Laufe einer Verhandlung der Lüge überführt wird, hat trotzdem noch alle prozessualen Möglichkeiten der Verteidigung. Er kann weiter Anträge zur Beweisaufnahme stellen, kann Stellungnahmen zu den einzelnen Zeugenaussagen abgeben, behält sein Recht auf das letzte Wort usw.
Für das Gericht bedeutet die Feststellung einer Lüge des Angeklagten auf verfahrensrechtlichem Gebiet nur, daß es die lügenhafte Angabe des Angeklagten bei der Verurteilung unberücksichtigt lassen muß.
- b) Materiellrechtlich folgt aus dem Schweigen des Gesetzgebers, daß der Angeklagte seines Leugnens wegen nicht bestraft werden darf. Der Gesetzgeber hat keinerlei Zwangsmittel geschaffen, um den Angeklagten zur Angabe der Wahrheit anzuhalten und ihn im Falle der Lüge zu bestrafen. Daraus ergibt sich, daß Leugnen ein nicht verbotenes Prozeßverhalten des Angeklagten ist. Es ist unzulässig, den Angeklagten für dieses Prozeßverhalten zu bestrafen.

3. Daß der Gesetzgeber durch die Nichtbestrafung des Leugnens dem Angeklagten ein "Recht" zu leugnen, d.h. zu lügen, weil Leugnen nur die Angabe wissentlich unwahrer Behauptungen betrifft, in dem Sinne einräumen wollte, daß er Leugnen als ein "gutes Recht des Angeklagten" wie etwa das Schweigen auf die Anklage behandelt wissen wollte, muß jedoch verneint werden.

- a) aa) Es kann allerdings nicht verkannt werden, daß die Nichtbestrafung des Leugnens durch den Gesetzgeber einen Schluß auf ein "Recht" des Angeklagten zu leugnen und zu lügen nahelegt.

Eine Handlung, die vom Gesetzgeber nicht mit Strafe be-

droht wird, ist normalerweise nicht rechtswidrig und zu ihrer Ausübung jedermann berechtigt.

bb) Auch der Grundsatz, daß der Angeklagte nicht verpflichtet ist, zu seiner Überführung mitzuwirken und ein Geständnis abzulegen, spricht für ein "Recht" zu leugnen, denn jede Verpflichtung, das Lügen zu unterlassen, stellt sich für den schuldigen Angeklagten letztlich als die Forderung dar, seine Tat einzugestehen, denn auch eine Aussageverweigerung verstößt im Grunde gegen eine Pflicht zur Angabe der Wahrheit.

- b) aa) Gegen ein Recht zu leugnen spricht dagegen eine Äußerung in den Motiven, aus der entnommen werden muß, daß der Gesetzgeber grundsätzlich ein Recht zu leugnen nicht anerkennen wollte.

Es heißt in den Motiven¹⁾: "Es schien nicht angemessen, die Verpflichtung des Beschuldigten zur Erteilung wahrheitsgemäßer Auskunft in Gesetze auszusprechen".

Zur Begründung wird dann nicht angeführt, daß der Angeklagte berechtigt sei, die Tat zu leugnen, sondern nur, daß sich ausführliche Vorschriften über die Einzelheiten des Verfahrens bei der Vernehmung des Angeklagten erübrigten, wenn der Richter sich vor Augen halte, daß die Vernehmung dem Angeklagten Gelegenheit zur Rechtfertigung und Beseitigung der gegen ihn sprechenden Verdachtsmomente geben solle.

Hieraus kann geschlossen werden, daß der Gesetzgeber grundsätzlich eine Wahrheitspflicht auch des Angeklagten für gegeben erachtete und ihm kein Recht zu leugnen einräumen wollte.

bb) Auch aus der Einräumung des Aussageverweigerungsrechtes kann nicht auf ein "Recht" zu leugnen geschlossen werden.

Die Verweigerung der Aussage enthält nur die Berechtigung

1) Hahn, S.139

des Angeklagten, seine Mitwirkung bei der Wahrheitsermittlung des Gerichtes zu versagen. Das Leugnen bedeutet aber nicht nur eine Verweigerung dieser Mithilfe, sondern geht weiter, da es sich als ein aktives Entgegenarbeiten gegen die Aufklärungstätigkeit des Gerichtes darstellt.

cc) Entscheidend dafür, daß der Gesetzgeber kein "Recht" zu leugnen anerkennen kann, ist jedoch, daß er damit nicht nur ein Recht einräumen würde, das dem allgemein anerkannten ethischen Verbot der Lüge, sondern auch seinen Aufgaben und Pflichten als Rechtsstaat zuwiderlaufen würde. Kein Staat, der Anspruch darauf erhebt, ein "Rechtsstaat" zu sein, kann ein solches Recht aufstellen, ohne seine Rechtsstaatlichkeit zu gefährden, da die Rechtsgestaltung in einem Rechtsstaat sich mit dem Rechtsgefühl und den ethischen Forderungen der Gerechtigkeit nicht in Widerspruch setzen darf¹⁾.

Ein solches Recht würde weiter der Aufgabe des Staates, durch das Strafverfahren die Wahrheit über die Straftat zu ermitteln, den Schuldigen zu bestrafen und dadurch ein geordnetes Zusammenleben seiner Bürger zu garantieren, zuwiderlaufen. Es müßte in der Öffentlichkeit der Eindruck entstehen, daß der Staat den lügenden Angeklagten, der gerissen genug ist, den Strafanspruch durch Lügen von sich abzuwehren, mit Straffreiheit "prämieren" wolle; während der Angeklagte, der die Wahrheit spricht, auf jeden Fall bestraft wird. Die Einräumung eines Rechtes auf Lüge würde das Vertrauen der Bürger in die Rechtspflege des Staates erschüttern und damit dem Staat die Aufgabe, für ein geordnetes Zusammenleben seiner Bürger zu sorgen, unmöglich machen.

4. Wenn der Staat also dem Angeklagten ein Recht auf Leugnen nicht einräumen kann, muß er die Forderung aufstellen, daß auch der schuldige Angeklagte - wenn er von seinem Aussageverweigerungsrecht keinen Gebrauch macht - zur

1) Koellreutter, § 3,5

Angabe der Wahrheit verpflichtet ist, da ein Recht zu leugnen einem Recht zu lügen gleichsteht.

- a) Da das Gesetz aber keine Zwangsmittel zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage einräumt, handelt es sich bei der Wahrheitspflicht des Angeklagten um eine "lex imperfecta", d.h. der Staat hat auf die Durchsetzung des ihm gebührenden Anspruches auf Wahrheit verzichtet.
- b) Als Gründe für einen solchen Verzicht des Staates kommen in Betracht:
 - aa) Daß der Staat Zwangsmittel, insbesondere Strafen, für untauglich zur Durchsetzung der Wahrheit ansieht.
 - bb) Daß durch eine Wahrheitspflicht an den schuldigen Angeklagten derart hohe ethische Anforderungen gestellt werden, wie sie im Normalfall von einem Durchschnittsmenschen vielleicht niemals gefordert werden, da die Forderung, die Wahrheit anzugeben, von dem schuldigen Angeklagten verlangt, sich "sehenden Auges" der Strafe mit allen persönlichen und wirtschaftlichen Nachteilen auszuliefern und so seinem Selbsterhaltungstrieb entgegen zu handeln.
 - cc) Daß eine Bestrafung des Leugnens wegen die Gefahr in sich birgt, den Angeklagten wieder zum Objekt des Strafverfahrens zu machen und ihn der Gewalt des Staates in einer Weise zu unterwerfen, die mit den Anforderungen der Menschenwürde nicht vereinbar sind. Diese Gefahr ist besonders dadurch gegeben, daß die richterliche Erkenntnis darüber, ob der Angeklagte die Wahrheit sagt oder nicht, beschränkt ist und sich damit aus der menschlichen Unzulänglichkeit die Möglichkeit ergibt, daß der Angeklagte "Verdachtsstrafen" unterworfen wird.
- 5. Diese Gründe müssen als entscheidend für die Nichtbestrafung des Leugnens angesehen werden.
Da der Angeklagte also wahrheitspflichtig ist und auch die Nichtbestrafung des Leugnens dem nicht entgegensteht, handelt der leugnende Angeklagte grundsätzlich rechtswidrig.

Der Staat hat aber davon abgesehen, ihn dieser pflichtwidrigen Handlung wegen zu bestrafen, da er weder durch die Androhung noch die Verhängung von Strafen für diesen Fall verhindern könnte, daß schuldige Angeklagte die Wahrheit nicht sagen; da er erkannt hat, daß eine Wahrheitspflicht übergroße Anforderungen an den Schuldigen stellt und daß eine Bestrafung bei Verletzung der Wahrheitspflicht geeignet ist, die Stellung des Angeklagten im Strafprozeß zu erschüttern und einen Druck auf ihn zur Ablegung eines Geständnisses, zu der er nicht verpflichtet ist, auszuüben.

Der Gesetzgeber hat damit dem Angeklagten - nicht zuletzt um seiner Menschenwürde willen und um ihn vor Eingriffen des Staates zu schützen - das weitestgehende Zugeständnis gemacht, das bei Anerkennung einer Wahrheitspflicht, auf die er nicht verzichten kann, möglich ist, indem er den Angeklagten als nicht strafbar erklärt.

II. Folgen aus der Stellung des Gesetzgebers zum Leugnen für die Grenzen des Leugnens.

1. Wenn man also davon auszugehen hat, daß der leugnende Angeklagte rechtswidrig handelt und der Gesetzgeber nur aus den oben angeführten Gründen von einer Bestrafung abgesehen hat, so ergibt sich daraus, daß der Gesetzgeber nicht jedes Lügen des Angeklagten für straffrei hält. Das muß insbesondere für den Fall gelten, in dem der Angeklagte durch sein Leugnen in fremde Rechtssphären eingreift. Die Strafflosigkeit des Leugnens bedeutet nicht, daß der Angeklagte damit jeden, der zu seiner Belastung mitwirkt, mit Lügen überziehen dürfte. Anderenfalls wäre jeder Dritte, dessen Äußerungen oder Verhalten für den Angeklagten ungünstig sind, dem Angeklagten schutzlos ausgeliefert. Den Schutz dieser Dritten kann der Gesetzgeber jedoch zugunsten des grundsätzlich rechtswidrig handelnden Angeklagten nicht aufgeben. Es ist deshalb mit der herrschenden Meinung anzunehmen,

daß das Leugnen des Angeklagten durch das materielle Strafrecht begrenzt wird.

2. Überschreitet der Angeklagte diese Grenzen des Leugnens, d.h. erfüllt er einen Tatbestand des Strafgesetzes, so hat er sich strafbar gemacht. Seine Handlung bleibt nicht deswegen straflos, weil sie im Rahmen des Verteidigungsvorbringens zu einer anderen Straftat begangen wurde. Diese Frage war nicht immer unbestritten.

- a) Man hat dem Angeklagten für diese Fälle zugute halten wollen, daß er sich im Strafverfahren in einer Notwehrsituation befinde¹⁾.

Diese "Notwehrsituation" kann aber nur beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 53 StGB zur Straffreiheit führen. Es kann jedoch nicht anerkannt werden, daß die Verletzung fremder Rechte im Rahmen des Verteidigungsvorbringens eines leugnenden (also schuldigen) Angeklagten Notwehr im Sinne dieser Vorschrift ist, da dieses bedeuten würde, daß das Strafverfahren als ein "rechtswidriger Angriff" angesehen werden müßte.

- b) Ebenso ist es unmöglich, diese Handlungen als Notstand (§ 54 StGB) für gerechtfertigt anzusehen. Abgesehen von allen anderen Voraussetzungen handelt der schuldige Angeklagte in der Hauptverhandlung nicht in einem "unverschuldeten" Notstand.
- c) Auch von einem übergesetzlichen Notstand kann keine Rede sein, da dieser voraussetzt, daß "in Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechenform erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine ... Pflicht zu erfüllen, die Frage, ob eine Handlung rechtmäßig oder unverboden oder rechtswidrig ist, anhand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden

1) Sachs, S.97; Kohler, Goltd.A.47, S.104

Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden ist"¹⁾..

Das Leugnen ist aber weder eine "Pflicht" des Angeklagten noch kann man von einem "geschützten Rechtsgut" sprechen, wenn der Angeklagte sich der verdienten Strafe zu entziehen trachtet.

- d) Auch der Grundsatz der Pflichtenkollision greift in diesem Falle nicht ein, wie aber Glaser²⁾ und Gneist³⁾ ausführen. Glaser beschränkt die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes auf den unschuldigen Angeklagten, trifft damit also nicht den hier in Frage stehenden Fall. Gneist verweist auf die Regelung beim Zeugenbeweis, die eine Aussagepflicht dann verneint, wenn sie mit den Pietätspflichten der Familie gegenüber und der Gefahr eigener strafrechtlicher Verfolgung kollidiert, um eine Pflicht des Angeklagten, die Wahrheit zu sagen, überhaupt abzulehnen. Die Voraussetzungen, von denen Gneist ausgeht, sind damit verschieden von denen, die hier vertreten werden. Aber auch abgesehen hiervon liegt im Falle der Verletzung fremder Rechtsgüter keine Pflichtenkollision vor, da der Angeklagte nicht Träger zweier "Pflichten" ist und durch die Hauptverhandlung nicht in eine Lage gebracht wird, in der er durch Erfüllung der einen Pflicht zwangsläufig die andere verletzen und dadurch eine mit Strafe bedrohte Handlung begehen muß.

Die Anwendung dieses Grundsatzes würde wiederum bedeuten, daß der Angeklagte durch sein Leugnen eine "Pflicht" erfüllt.

- e) Die strafbaren Handlungen, die der Angeklagte bei seiner Verteidigung begeht, sind auch nicht als Selbstbegünstigung straffrei.

Zwar will der Angeklagte durch sein Leugnen sich selbst begünstigen, weil er mit ihm den Zweck verfolgt, sich

1) RG 61,242, 254

2) Glaser, Handb., S.611

3) Gneist, S.82,83

der Bestrafung zu entziehen.

Die Selbstbegünstigung ist nach der herrschenden Meinung¹⁾ jedoch nur soweit straffrei - weil nicht tatbestandsmäßig - , wie der Täter nicht durch Verwirklichung eines anderen strafrechtlichen Tatbestandes zur Verdeckung eigener Straftaten erneut in die strafrechtlich geschützte Rechtsordnung eingreift. Gegenüber dem Interesse des Einzelnen, seine Straftat zu verheimlichen, gehen die Belange der Gesamtheit vor, die Rechtsordnung vor weiteren Eingriffen zu schützen²⁾.

Straflos bleibt also nur die reine Selbstbegünstigung, der Fall, der nach § 257 Abs. 1 zu bestrafen wäre, wäre von § 257 StGB der Vortäter als Täter nicht ausgenommen. Erfüllt der Täter - zwar in der Absicht, sich der Bestrafung zu entziehen - einen anderen Straftatbestand, so ist er nach diesem Strafgesetz strafbar.

Diese Auffassung steht mit der hier vertretenen Ansicht, daß die Verteidigungsfreiheit des Angeklagten ihre Begrenzung im materiellen Strafrecht findet, im Einklang und unterstützt sie.

- f) aa) Besondere Schwierigkeiten macht der Fall, in dem der Angeklagte bei seiner Verteidigung einen anderen beleidigt oder verleumdet. Es ist hier folgender Fall denkbar:

Der Angeklagte steht wegen Einbruchdiebstahles vor Gericht. Der Belastungszeuge X sagt aus, er habe in der Nacht, in der der Angeklagte den Einbruch verübt haben soll, einen Mann aus einem bestimmten Fenster des Hauses, in dem eingebrochen wurde, herausklettern sehen. Dieser Mann sei der Angeklagte gewesen. Er habe sein Gesicht ge-

1) Dreher-Maassen, § 257, 4 c; Kohlrausch-Lange, § 257 II, 1, Schäfer, IK, § 257, 2 d; Schönke-Schröder, § 257, V, 1; Schwarz, StGB, § 257, 3 B b; Maurach, BT, § 80 II A 5 a; RG 76, 191; 68, 289; 60, 348; 71, 280; 72, 23; 63, 235; 60, 101, 103; 65, 333, 335; BGH 2, 378; 9, 71.

2) RG JW 1937, S. 3099.

nau gesehen, als er auf der Straße unter einer Laterne vorbeigegangen sei und erkenne ihn jetzt wieder.

Hierauf sagt der Angeklagte A: "Der Zeuge X muß sich täuschen, ich kenne die Gegend, in der der Einbruch begangen wurde, überhaupt nicht, außerdem bin ich am Tage des Einbruches zum ersten Mal in dieser Stadt gewesen. Am Abend habe ich mich in der Wirtschaft Y aufgehalten, was die Zeugen Z und W bestätigen können, deren Vernehmung ich beantrage".

Der Angeklagte B sagt im gleichen Falle: "Der Zeuge X lügt. Ich bin nicht in das Haus, von dem ich nicht einmal weiß, in welcher Stadtgegend es liegt, eingebrochen. Der Zeuge X ist völlig unglaublich, er hat schon oft - auch vor Gericht - die Unwahrheit gesagt. Er ist sogar schon wegen Meineides bestraft. Er will mich mit seiner Aussage nur hereinreißen, weil er mich nicht leiden kann". In beiden Fällen ist der Zeuge X ein wahrheitsliebender Mann, der keineswegs wegen Meineides vorbestraft ist - was der Angeklagte B auch weiß -, die Angeklagten überhaupt nicht kennt und sie tatsächlich bei ihrem Einbruch beobachtet hat. Die Angeklagten A und B haben den Einbruch begangen. Sie leugnen also in beiden Fällen.

Der Angeklagte B hat mit seiner Stellungnahme zur Aussage des X jedoch den Tatbestand der Verleumdung (§ 187 StGB) erfüllt, weil er in Beziehung auf den Zeugen X wider besseres Wissen unwahre Tatsachen behauptet hat, die geeignet sind, den Zeugen X in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen.

Hier taucht die Frage auf, ob der Angeklagte diese Äußerungen in Wahrnehmung berechtigter Interesse im Sinne des § 193 StGB getan hat, weil er sie zum Zwecke der Verteidigung aussprach.

- b) Die Frage, ob § 193 StGB überhaupt auf § 187 StGB Anwendung finden kann, ist sehr bestritten¹⁾. Sie wird mit

1) Schäfer, LK, § 193, II 2; Schönke-Schröder, § 193 II 2; Liszt-Schmidt, § 95 IV; Binding, LB § 32 III D 2 Anm. 1 S. 155; § 32 III C Anm. 3 S. 152; v. Schwarze, § 193, 2;

der Begründung abgelehnt, daß die Verfolgung eines berechtigten Interesses unvereinbar sei mit der bewußten Lüge. Auch berechnigte Zwecke dürfe man niemals durch absichtliche Wahrheitsentstellung verteidigen. Also könne auch der Angeklagte sich bei unwahren verleumderischen Behauptungen nicht auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen¹⁾.

cc) Das Reichsgericht hat in seinen Entscheidungen diese Auffassung nicht vertreten²⁾.

Es hat ausgeführt, daß § 193 StGB seinem Wortlaute nach auf alle Arten der Beleidigung Anwendung finde. § 193 StGB räume auch kein "Recht" zu Beleidigungen ein, sondern erkläre in den hervorgehobenen Fällen die bewußte Beleidigung solange für straflos, als nicht die bewußte Überschreitung der Grenze für Tadel, Rechtsverteidigung, Rügen usw. aus der Form oder den begleitenden Umständen erkennbar sei.

Im Falle der Verleumdung müsse aber die Berufung auf § 193 StGB auf das äußerste Maß beschränkt werden³⁾. Der Täter müsse subjektiv zur Wahrnehmung des Interesses befugt und dieses müsse auch objektiv berechnigt sein, d.h. es müsse vom Recht anerkannt sein, und zwar auch gegenüber dem Recht auf Achtung der Person⁴⁾. Damit seien solche Interessen als berechnigt ausgeschlossen, die dem Recht und den guten Sitten zuwiderliefen⁵⁾.

Das Reichsgericht hat deshalb die Berufung auf § 193 StGB nur dann für begründet erklärt, wenn der wegen Verleum-

Frank, § 193 II; Kohler, Goltd.A.47, S.103; Hälschner, S.186,187; Maurach, BT, § 19 II C 1

1) Henkel, § 50 IV; Schönke-Schröder, § 193 II 2; Kohler, Goltd.A.47, S.103; Ob.Trib.Goltd.A.21, S.531; a.A. Kronecker, GS 38, S.523.

2) RG 5,56 ff.; 34,222; 16,139; 26,76; 42,441; 48,414; 58,39; HRR 1928, S.176; anders: RG DJ 1936, S. 517; HRR 1940, S.1180.

3) RG 5,57

4) RG 15,17

5)

dung Angeklagte seine Behauptungen in der Hauptverhandlung aufrechterhält, um dadurch seine Verurteilung abzuwenden¹⁾.

Dagegen hat es die Anwendung von § 193 StGB für den Fall abgelehnt, daß der schuldige Angeklagte sich durch die Verleumdung der Bestrafung entziehen will²⁾. Das Recht, das die Bestrafung dessen anordne, der eine strafbare Handlung begangen habe, könne nicht uneingeschränkt das Interesse des Schuldigen an der Vereitelung der Strafverfolgung anerkennen. Das Strafgesetz schließe vielmehr ein Recht und damit ein berechtigtes Interesse des Schuldigen, sich der verwirkten Strafe zu entziehen, mit Notwendigkeit aus. Das Recht des Angeklagten, sich gegen eine Strafverfolgung zu verteidigen, umfasse nicht den Angriff auf ein fremdes Rechtsgut. Nur in den Fällen, in denen die erlaubte Verteidigung mit Notwendigkeit die Form einer positiven Behauptung mit beleidigendem Inhalte annehme, bleibe § 193 StGB anwendbar. Das wissentlich unwahre Vorbringen dürfe nur ausschließlich die sachliche Bedeutung eines Leugnens der belastenden Tatsache enthalten. Es dürfe nicht in der Absicht geschehen, den Tatbestand zu verdunkeln und der Untersuchung dadurch eine falsche Richtung zu geben³⁾.

Wenn dieser letzte Fall gegeben ist, steht auch nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts dem unschuldigen Angeklagten der Schutz des § 193 StGB nicht zur Seite⁴⁾.

Dieser Rechtsprechung hat sich Frank⁵⁾ in vollem Umfange

5) RG 26,76; 29,150; 34,222; 58,39; 59,415; Recht 1910, Nr.3684.

1) RG 5,56 ff.

2) Goltd.A.46,S.205 ff.; Recht 1908 Nr.424

3) Goltd.A. 46,S.206; RG 48,414,415; 58,39; HRR 1928,S.176

4) RG 42,441

5) Frank, § 193 II

angeschlossen.

- dd) Eine ähnliche Auffassung vertritt Schwarz¹⁾, der § 193 StGB dann im Falle der Verleumdung für anwendbar hält, wenn der Angeklagte zu seiner Verteidigung andere verleumdet. Er dürfe nur nichtdarauf ausgehen, gegen einen Unschuldigen ein Straf- oder Disziplinarverfahren herbeizuführen. Dagegen dürfe er zum Zwecke der Verteidigung eine Tatsache leugnen, auch wenn er hierdurch eine Beleidigung ausspreche, so wenn er die Aussage eines Zeugen als unwahr bezeichne.
- ee) Die Frage, ob § 193 StGB auf § 187 StGB grundsätzlich keine Anwendung finden darf, kann hier dahingestellt bleiben, da auch für den Fall der Zulässigkeit seiner Anwendung er in dem hier zur Erörterung stehenden Fall nicht eingreifen kann.
- Im Falle des § 193 StGB muß der Beleidiger, Verleumder usw. zur Wahrnehmung eines "berechtigten Interesses" handeln.
- Berechtigte Interessen können nur solche sein, die dem Recht und den guten Sitten nicht zuwiderlaufen²⁾.
- Würde man die Berufung auf § 193 StGB im Falle des leugnenden Angeklagten für zulässig und begründet halten, so würde das bedeuten, daß es mit dem Recht und den guten Sitten im Einklang steht, wenn ein Schuldiger sich durch Lügen der Bestrafung zu entziehen versucht. Das kann jedoch nicht anerkannt werden.
- Wenn der Gesetzgeber kein "Recht" zu leugnen anerkennen kann, so kann er erst recht nicht anerkennen, daß der Angeklagte "berechtignte" Interessen wahrnimmt, wenn er bei Ausübung einer zwar rechtswidrigen aber straffreien Handlung in fremde Rechtsgüter, hier die Ehre und den guten Ruf anderer, eingreift.
- Der Schutz der Allgemeinheit muß dem Verteidigungsinteresse

1) Schwarz, StGB § 193, 2 A

2) Rüdorf, § 193, 6; Kohlrausch-Lange, § 193 IV 1; Schönke-Schröder, § 193, III 3 a; Maurach, BT, § 19, II C 2 b.

des Angeklagten vorangestellt werden und auch hier das Leugnen seine Grenze im materiellen Strafrecht finden. Es kann auch nicht unterschieden werden - wie das Reichsgericht es tut -, ob sich das Leugnen als bloßes Bestreiten einer belastenden Tatsache darstellt oder als Verdunkelung oder Entstellung des wahren Tatbestandes. Dieser Unterschied besteht nicht. Jedes wahrheitswidrige Abstreiten, also Leugnen, bedeutet eine Entstellung oder Verdunkelung des wahren Sachverhaltes. Die Differenzierung, die das Reichsgericht mit seiner Formulierung vornehmen will, läuft auf die Frage hinaus, ob das Vorbringen nach Auffassung des Angeklagten zur Verteidigung notwendig ist oder aber einen Angriff auf den Beleidigten im Rahmen des Verteidigungsvorbringens darstellt. Aber auch diese Unterscheidung ist in der Praxis nicht durchführbar. Der Fall, daß ein schuldiger Angeklagter ein gegen ihn schwebendes Strafverfahren dazu benutzt, um einen anderen, der zufällig in diesem Verfahren als Belastungszeuge auftritt, zu beleidigen und zu verleumden, obwohl dies zu seiner Verteidigung nicht notwendig wäre, wird kaum vorkommen. Aber auch dann handelt es sich um ein Verteidigen, da diese Handlung geeignet ist, den Angeklagten der Bestrafung zu entziehen oder doch wenigstens seine Bestrafung zu erschweren, da das Gericht gezwungen ist, die Glaubwürdigkeit des Zeugen unter Berücksichtigung der verleumderischen Angriffe des Angeklagten zu überprüfen.

Entscheidend kann daher nur sein, ob der Angeklagte den objektiven und subjektiven Tatbestand der Beleidigung und Verleumdung erfüllt hat.

Besonders sorgfältig ist in diesen Fällen das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes zu prüfen. Es ist erforderlich, daß der Angeklagte die rufverletzende oder ehrenkränkende Natur der Aussage und ihren Zugang an andere in seinen Willen aufgenommen hat oder doch wenigstens in diesen Erfolg einwilligte. Wenn ein Angeklagter die Aussage eines Zeugen als "unwahr" bezeichnet, um damit

die belastenden Tatsachen in der Zeugenaussage zu bestreiten, kann es möglich sein, daß der Angeklagte gar nicht daran dachte oder auch nur damit rechnete, daß er den Zeugen "beleidigen" könnte. Sind der subjektive und der objektive Tatbestand dagegen erfüllt, so hat sich der Angeklagte strafbar gemacht.

Eine andere Frage ist es, ob die Berücksichtigung der "Zwangslage" und der "Ausnahmesituation", in der sich der Verteidigende im Prozeß zweifellos befindet, das Maß der Schuld gering erscheinen läßt und damit entweder eine Einstellung des Verfahrens oder doch eine geringe Strafe rechtfertigt.

II. Berücksichtigung des Leugnens bei der Strafzumessung.

1. a) Das Leugnen, das sich innerhalb der oben aufgezeigten Grenzen hält, ist bei der Strafzumessung verwertbar. Es gehört nicht zu den prozessualen Verhaltensweisen des Angeklagten, die auf Grund der Stellung des Angeklagten im Prozeß unverwertbar sind. Es handelt sich beim Leugnen nicht um ein "Recht" des Angeklagten, wie festgestellt wurde. Der Gesetzgeber hat die Folgen des Leugnens auch nicht im Gesetz festgelegt.

Er hat nur davon abgesehen, den Angeklagten seines Leugnens wegen zu bestrafen. Das schließt aber die Verwertbarkeit des Leugnens bei der Strafzumessung nicht aus. Würde man aus der Straffreiheit des Leugnens auf eine Unverwertbarkeit bei der Strafzumessung schließen, so würde das bedeuten, daß der leugnende Angeklagte so gestellt ist wie ein Angeklagter, der von einem ihm zustehenden Recht Gebrauch macht. Dieses Ergebnis ist jedoch mit der Stellung des Gesetzgebers zum Leugnen, wie sie ausgeführt wurde, nicht vereinbar.

Weiter gehört das Leugnen nicht zu den vom Gesetzgeber dem Angeklagten ausdrücklich zur Verfügung gestellten Verteidigungsmitteln, da der Begriff des Leugnens dem Strafgesetz überhaupt fremd ist.

Das Leugen in diesem Sinne gehört auch nicht zu den

prozessualen Verhaltensweisen, die auf Grund des Verbotes der Doppelbewertung von Strafzumessungstatsachen bei der Strafzumessung unverwertbar sind, da das Leugnen, das sich innerhalb der aufgezeigten Grenzen hält, keinen Straftatbestand verwirklicht.

- b) Überschreitet das Leugnen jedoch diese Grenzen, so wird es zu einer unverwertbaren Strafzumessungstatsache, da andernfalls ein Verstoß gegen das Verbot der Doppelbewertung von Strafzumessungstatsachen vorliegen würde. Das Verhalten des Angeklagten, z.B. die Verleumdung, als Strafzumessungstatsache ist durch die Aufstellung des Straftatbestandes bereits "verbraucht" - wie ausgeführt wurde. Eine Verwertung des Leugnens bei der Strafzumessung würde hier gegen den erweiterten Grundsatz "ne bis in idem" verstoßen, weil dem Angeklagten dasselbe Verhalten zweimal - strafbegründend nach § 187 StGB und u.U. strafscharfend als Schuldindiz - zur Last gelegt werden würde. Der Richter darf also das Leugnen dann bei der Strafzumessung nicht berücksichtigen, wenn es einen Tatbestand des Strafgesetzbuches erfüllt. Insoweit liegt dann eine unverwertbare Strafzumessungstatsache vor.

2. Das Leugnen als prozessuales Verhalten darf zu keiner Strafe und auch zu keiner Straferhöhung führen.

Das ergibt sich aus zwei Gesichtspunkten:

- a) Das Leugnen als Verfahrenstatsache ist nach dem Willen des Gesetzgebers straflos. Eine Straferhöhung, nur weil der Angeklagte leugnet, würde deshalb eine Bestrafung für eine vom Gesetzgeber straffrei gelassene Handlung bedeuten und ist damit unzulässig.
- b) Das Leugnen als Verfahrenstatsache darf aber auch deshalb nicht zu einer Strafverschärfung führen, weil dies - wie bei jedem Prozeßverhalten des Angeklagten - mit einer Vergeltungsstrafe nicht vereinbar ist. Wie ausgeführt, kann das Prozeßverhalten als solches

niemals zu einer Erhöhung oder Verminderung der Strafe führen, da im geltenden Strafrecht nur die Straftat des Täters unter Berücksichtigung general- und spezialpräventiver Zwecke nach dem Maße der Tatschuld vergolten werden darf; die Tat und auch die Tatschuld aber im Zeitpunkt des Leugnens bereits feste Größen geworden sind und durch das Leugnen nicht mehr verändert werden können.

Es ist damit zutreffend, daß - wie auch die herrschende Meinung annimmt - das Leugen als solches nicht bestraft werden darf ohne Rücksicht darauf, wie der Angeklagte leugnet und welche Folgerungen das Leugnen für den Prozeßablauf nach sich zieht.

5. Eine Verwertung des Leugnens als Schuldindiz bei der Strafzumessung ist mit der durch die Verwertbarkeit des Leugnens gegebenen Einschränkungen zulässig.

Es ist also mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, daß Leugnen dann strafferhöhend wirken kann, wenn es Indiz für eine hohe Tatschuld ist.

- a) Die Wertung als Schuldindiz setzt jedoch die Kenntnis der Motive des Leugnens voraus.

Hierbei bestehen nicht nur die Schwierigkeiten, die sich für eine allgemeine Persönlichkeitswertung durch die Situation der Hauptverhandlung ergeben, sondern in besonderem Maße die Schwierigkeiten, die sich einer Erkenntnis des Motives durch "falsche" Motivation und Modus entgegenstellen.

Das Leugnen ist ein Verhalten, dessen Motiv der Angeklagte geheim halten muß, wenn er durch das Leugnen sich der Bestrafung entziehen will. Er ist also gezwungen, eine "falsche" Motivation, z.B. Ehrlichkeit, anzugeben und dementsprechend den Modus, z.B. Entrüstung, zu wählen.

Diese Schwierigkeiten muß der Richter bewältigen, bevor er die Frage prüft, ob das erkannte Motiv generell geeignet ist, einen Rückschluß auf die Tatschuld zuzulassen.

- b) Der herrschenden Meinung muß zugestimmt werden, wenn sie eine Vielzahl der Motive als ungeeignet für einen Rück-

schluß auf die Tatschuld ansieht.

Wenn Motiv des Leugnens Angst vor Strafe, Verlust der Stellung usw. ist, so stehen diese Motive in keinem Zusammenhang mit der zur Aburteilung stehenden Tat und können deshalb über ihren Schuldgehalt auch nichts aussagen. In diesen Fällen darf das Leugnen die Strafzumessung nicht beeinflussen.

Daraus ergibt sich, daß jede schematische Wertung des Leugnens als strafferhöhend unzulässig ist und eine zulässige Straferhöhung des Leugnens wegen in der Praxis nur sehr selten vorkommen kann.

Das folgt besonders daraus, daß die angeführten, für einen Schluß auf die Tatschuld ungeeigneten Motive auch beim Vorliegen anderer Motive mit eine Rolle spielen können, so daß der Richter weiter vor der Frage steht, welches Motiv für das Leugnen eigentlich ausschlaggebend war. Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo", der auch für Strafzumessungstatsachen gilt, wird er deshalb häufig annehmen müssen, daß diese ungeeigneten Motive bei dem Prozeßverhalten die Hauptrolle spielten und deshalb von einer Verwertung des Leugnens bei der Strafzumessung absehen müssen. Nur in Ausnahmefällen wird er mit Sicherheit feststellen können, daß die zum Schluß auf die Tatschuld ungeeigneten Motive beim Leugnen des Angeklagten keine Rolle spielten¹⁾.

- c) Die wichtigsten, von der herrschenden Meinung als geeignet für einen Rückschluß auf eine hohe Tatschuld angesehenen Motive des Leugnens, auf die alle weiteren Motive zurückgeführt werden können, sind Einsichtslosigkeit, Mangel an Reue, Gefährlichkeit des Täters und die Gefahr künftiger Rechtsbrüche.

Der Angeklagte, der leugnet, um sich die Vorteile der Tat zu sichern und eine Wiedergutmachung zu vermeiden, zeigt damit einen Mangel an Reue. Wenn er den Tatverdacht auf unschuldige Dritte zu lenken versucht und durch sein

¹⁾ a.A. Grünwald (MDR 1959, S. 810), der diese Feststellung in keinem Fall für möglich hält.

Leugnen das Gericht verhöhnen und die Zeugen in die Ver-
setzen will, so spricht das - darüber hinaus - noch für
eine besondere Gefährlichkeit des Täters, da angenommen
werden muß, daß er keine Ordnung, auch die Rechtsordnung,
nicht anerkennen will.

- aa) In Rechtsprechung und Literatur wird - wie ausgeführt -
häufig eine strafschärfende Verwertung des Leugnens dann
zugelassen, wenn der Angeklagte leugnet, weil er das Un-
rechte seines Tuns "noch immer" oder "sogar noch in der
Hauptverhandlung" nicht eingesehen habe.

Diese Auffassung ist bedenklich. Sie geht im Grunde davon
aus, daß der Angeklagte sein Unrecht nach Begehung der Tat
im Rahmen des Ermittlungsverfahrens oder durch die Anklage-
erhebung erkennen und "einsehen" muß und weist die Auf-
gabe, den Angeklagten zur Einsicht zu bringen, nicht mehr
der Strafe zu, bei der sie im Rahmen der Schuldstrafe
unter dem Gesichtspunkt der Spezialprävention eine Rolle
spielt. Dieses zeigt sich besonders deutlich in der o.a.
Entscheidung des Bundesgerichtshofes, die davon spricht,
"daß der Sühne- und Abschreckungszweck der Strafe auch
nicht teilweise schon erfüllt seien".

Weiter verkennt diese Auffassung, daß eine Bestrafung
wegen einsichtslosem Verhalten in der Hauptverhandlung,
die Bestrafung eines Prozeßverhaltens ist, das als solches
nicht bei der Strafzumessung verwertet werden darf.

Dem Grundsatz der Tatschuld entsprechend kann nur die
Einsichtslosigkeit zur Zeit der Tatbegehung einen Einfluß
auf die Strafzumessung ausüben und das einsichtslose Ver-
halten in der Hauptverhandlung nur dann strafschärfend
gewertet werden, wenn es Schlüsse auf die Einsichtslosig-
keit zur Tatzeit zuläßt.

Es kann nicht bezweifelt werden, daß Einsichtslosigkeit
generell geeignet ist, Aufschluß über das Maß der in der
Tat enthaltenen Schuld zu geben. Der Vorwurf, der die
Schuld ausmacht, liegt gerade darin, daß der Täter die
Tat begangen hat, obwohl er erkannte oder hätte erkennen
müssen, daß er diese Tat nicht begehen durfte, er also

nicht "eingesehen" hat, daß er etwas Verbotenes tat. Der Grad der Einsichtslosigkeit entspricht damit dem Schuldgrad.

Beruht also das Leugnen in der Hauptverhandlung auf Einsichtslosigkeit, so kann dies ein Indiz dafür sein, daß die Einsichtslosigkeit des Angeklagten im Zeitpunkt der Tat besonders groß war, damit eine größere Schuld des Angeklagten gegeben und eine diesem Schuldgrad angepaßte höhere Strafe gerechtfertigt ist.

Nur in diesem Sinne ist eine strafferhöhende Verwertung des Leugnens aus Einsichtslosigkeit bei der Strafzumessung zulässig.

Der herrschenden Meinung muß also zugestimmt werden, wenn sie die Verwertung des Leugnens zur Strafschärfung bei Fahrlässigkeitstaten mit der Begründung, der Täter habe die Tragweite seines Handelns "bis jetzt noch nicht" erkannt, ablehnt. Das gleiche gilt aber auch für die Fälle des vorsätzlichen Handelns, weil in beiden Fällen nicht ersichtlich ist, daß das Gericht die Einsichtslosigkeit in der Hauptverhandlung nur als Indiz für die Einsichtslosigkeit zur Zeit der Tat und nicht um ihrer selbst willen zur Straferhöhung verwertet hat.

Solange die Einsichtslosigkeit des Angeklagten, die ihn zum Leugnen bewegt, auf der Überzeugung beruht, unschuldig zu sein, darf schon deshalb keine Strafschärfung eintreten, weil dieses Prozeßverhalten nach der hier vertretenen Auffassung nicht als "Leugnen" - weil nicht bewußt wahrheitswidrig - bezeichnet werden darf.

Ähnlich verhält es sich in dem Fall, in dem sich "Einsichtslosigkeit" aus der Berufung auf Rechtfertigungsgründe ergeben soll.

Auch hier muß unterschieden werden, ob der Angeklagte wirklich glaubt, daß ihm die von ihm angegebenen Rechtfertigungsgründe zustehen, dann liegt kein Leugnen vor; oder ob er die Berufung auf Rechtfertigungsgründe, obwohl er weiß, daß ihre Voraussetzungen in seinem Falle nicht gegeben sind, "vorschiebt", um sich der Bestrafung zu

entziehen. In diesem letzteren Fall ist eine Verwertung bei der Strafzumessung wie in jedem Falle des Leugnens möglich, nämlich als Indiz für die Tatschuld unter den oben angeführten Voraussetzungen.

- b) Auch Mangel an Reue darf nur dann strafferhöhend gewertet werden, wenn daraus auf einen besonderen Grad von Einsichtslosigkeit und damit Schuld geschlossen werden kann. Es muß dabei berücksichtigt werden, daß "Mangel an Reue" nur eine besondere Form der Einsichtslosigkeit ist, denn im Grunde enthält jede Einsichtslosigkeit einen Mangel an Reue, da Reue voraussetzt, daß der Täter das Unrechte seiner Handlungsweise einsieht. Der Mangel an Reue darf deshalb nur unter den gleichen Voraussetzungen wie die Einsichtslosigkeit als Schuldindiz bei der Strafzumessung verwertet werden.

- c) Auch die Gefährlichkeit des Täters darf nur dann als strafferhöhendes Schuldindiz gewertet werden, wenn sie sich aus der Einsichtslosigkeit zur Zeit der Tat und damit der Tatschuld ergibt.

Liegt die Gefährlichkeit des Täters darin, daß er nicht einsieht oder einsehen will, daß er falsch gehandelt hat und war diese Einsichtslosigkeit auch zur Zeit der Tat in hohem Maße vorhanden, so ist damit die Gefahr gegeben, daß er die gleiche Tat oder ähnliche Taten in Zukunft wieder begehen wird. Die Gefährlichkeit des Täters wird in diesem Falle aus seiner schuldhaften Tat abgeleitet. Nur in diesem engen Umfange darf die Gefährlichkeit des Täters und die damit gegebene Gefahr künftiger Rechtsbrüche durch den Täter als Schuldindiz berücksichtigt werden.

Die allgemeine Erwägung, daß dem Täter weitere strafbare Handlungen gleicher oder ähnlicher Art zuzutrauen sind, darf bei der Strafzumessung keine Rolle spielen, weil sie den Grundsatz der Tatschuld verletzen würde.

Die Berücksichtigung der Gefährlichkeit des Täters darf niemals zu einer Überschreitung der Schuldstrafe führen,

sondern nur entweder als Indiz für die Tatschuld gewertet oder im Rahmen der Schuldstrafe unter spezialpräventiven Gesichtspunkten berücksichtigt werden.

Beruhet die Gefährlichkeit des Täters nicht auf Einsichtslosigkeit zur Zeit der Tat und ist sie größer als die Tatschuld, so kann mit der Strafe nicht eingegriffen werden. Es ist dann erforderlich, auf sichernde Maßnahmen zurückzugreifen, um die Allgemeinheit vor dem Täter zu schützen.

Die Gefahr künftiger Rechtsbrüche durch Dritte kann niemals Indiz für die Tatschuld sein, da bei der nach ihr bemessenen Strafe der Strafmaßstab nicht der Person des Täters, sondern der Wirkung der Strafe auf Dritte entnommen wird. Eine Straferhöhung über den Rahmen der Schuldstrafe hinaus, weil die Gefahr künftiger Rechtsbrüche durch Dritte gegeben ist, ist damit nicht zulässig. Innerhalb des Rahmens der Schuldstrafe ist es jedoch zulässig, die Gefahr künftiger Rechtsbrüche durch Dritte als generalpräventivem Gesichtspunkt zu berücksichtigen, da - wie ausgeführt - die Strafe die schuldhaftige Tat unter Berücksichtigung general- und spezialpräventiver Gesichtspunkte vergelten soll.

4. Zum Leugnen als Strafzumessungsgrund muß zusammenfassend festgestellt werden:

Nur das Leugnen, das keinen Straftatbestand erfüllt, kommt für eine Berücksichtigung bei der Strafzumessung in Betracht.

Das Leugnen als Verfahrenstatsache darf die Strafzumessung nicht beeinflussen.

Die Berücksichtigung des Leugnens als Schuldindiz bei der Strafzumessung ist zulässig.

Für einen Rückschluß aus dem Leugnen auf die Tatschuld ist die Kenntnis der Motive des Leugnens und die Feststellung, daß das erkannte Motiv generell geeignet ist, Aufschluß über die Tatschuld zu geben, erforderlich.

Kann aus dem Motiv nicht auf die Tatschuld geschlossen werden, darf das Leugnen die Strafzumessung nicht beeinflussen.

Einsichtslosigkeit, Mangel an Reue, Gefährlichkeit des

Täters sind Schuldindizien.

Die allgemeine Gefährlichkeit des Täters und die Gefahr künftiger Rechtsbrüche durch Dritte dürfen nur im Rahmen der Schuldstrafe berücksichtigt werden.

§ 4 Die Flucht des Angeklagten.

A. Flucht als Beweismittel.

Die Flucht des Angeklagten bzw. sein Nichterscheinen in der Hauptverhandlung oder zu einer Vernehmung kann geeignet sein, Schlüsse auf seine Täterschaft zuzulassen. Auch diese prozessualen Verhaltensweisen des Angeklagten sind damit - ebenso wie das Schweigen oder das Geständnis - Beweismittel im Rahmen des gegen den Angeklagten anhängigen Strafverfahrens.

Ihre Würdigung obliegt nach § 261 StPO dem Gericht bei der Lösung der Tatfrage.

I. Flucht als Indiz für die Täterschaft.

In der Öffentlichkeit wird häufig aus der Tatsache, daß der Täter flieht oder zur Hauptverhandlung nicht erscheint, auf seine Schuld geschlossen. Man geht dabei von der Überlegung aus, daß, wer unschuldig sei, ein Strafverfahren nicht zu fürchten brauche und deshalb keinen Grund habe, zu fliehen oder sich dem Strafverfahren zu entziehen.

II. Motive der Flucht.

Als Motiv der Flucht nimmt man also Schuldbewußtsein und Angst vor Strafe an.

Es wird hierbei jedoch übersehen, daß diese Motive nicht die einzigen sind, die einen Angeklagten zur Flucht bewegen können. Auch die Aussicht auf eine langwierige, mit Haft verbundene Untersuchung, auf eine evtl. Hauptverhandlung mit ihren Auswirkungen auf die Öffentlichkeit - selbst wenn sie zum Freispruch führt - kann auch einen

Unschuldigen veranlassen, sich einem eingeleiteten Strafverfahren zu entziehen¹⁾.

B. Gesetzliche Regelung.

I. Vorschriften über Vorführung und Haftbefehl.

Das Gesetz regelt die Folgen des Nichterscheinsens eines Beschuldigten oder Angeklagten in den §§ 133, 134, 216, 230 Abs.2, 236 StPO.

Zur Vernehmung kann (§ 133 Abs.2 StPO) und zur Hauptverhandlung ist (§ 216 StPO) der Angeklagte mit der Warnung zu laden, daß im Falle seines unentschuldigten Ausbleibens Vorführung oder Verhaftung erfolgen werde. Erscheint er dann nicht, wird seine Vorführung angeordnet oder Haftbefehl erlassen (§ 230 Abs.2 StPO). Darüber hinaus hat das Gericht jederzeit die Möglichkeit, das persönliche Erscheinen des Angeklagten anzuordnen und durch Vorführung und Haftbefehl zu erzwingen (§ 236 StPO).

Die Folgen des Nichterscheinsens oder der Flucht sind damit vom Gesetz festgelegt. Es erfolgt Vorführung oder Verhaftung. Weitere Folgen enthält das Gesetz nicht.

II. Erscheinspflicht des Angeklagten.

1. Es ist streitig, ob aus dieser Regelung auf eine Erscheinspflicht des Angeklagten geschlossen werden kann.

Die Pflicht, vor Gericht zu erscheinen, wird daraus geschlossen, daß anderenfalls das Erscheinen von Gerichts wegen erzwungen werden kann²⁾. Die Verpflichtung zum Erscheinen soll durch die ordnungsmäßige Ladung begründet werden³⁾ oder aus dem Wesen des Anklageprozesses und Mündlichkeitsprinzipes folgen⁴⁾.

1) Lonsing, S.71,72

2) v.Kries, § 31 III; Birkmeyer, § 21 II 2 b; Bennecke-Beling, § 38 II 2, Gerland, StP § 48 II 1 a; Stock, § 40 III 2; Peters, LB § 28 IV 1; Kern, § 44 IV 1.

3) Pohna, S.106

4) v.Lippel, StP, § 48 III 1.

Demgegenüber hat Köhler¹⁾ darauf hingewiesen, daß der Fliehende nicht rechtswidrig handelt. Kohlrausch²⁾ und Eberhard Schmidt³⁾ vertreten die Meinung, daß der Angeklagte nicht die Pflicht habe, durch Flucht die Durchführung des Verfahrens nicht unmöglich zu machen, da keine Bestrafung wegen Ausbleibens im Gesetz vorgesehen sei.

2. In den Protokollen der Kommission über die erste Lesung⁴⁾ wurde nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß dem Angeklagten eine Erscheinspflicht nicht obliegt.

Es war hier streitig, ob es überhaupt mit den Grundsätzen des Strafverfahrens vereinbar sei, dem Gericht die Möglichkeit zu geben, das Erscheinen des Angeklagten zu erzwingen.

Daraus, daß diese Frage in der Kommission streitig werden konnte, muß jedoch geschlossen werden, daß der Gesetzgeber annahm, daß keine Erscheinspflicht des Angeklagten gegeben ist. Wäre der Gesetzgeber von einer Pflicht zu erscheinen ausgegangen, hätte zwar streitig werden können, welche Zwangsmittel am geeignetsten sind, um den Angeklagten an der Flucht zu hindern, nicht aber, ob die Anwendung von Zwangsmitteln überhaupt zulässig ist.

3. Es muß angenommen werden, daß der Angeklagte nicht verpflichtet ist, im Strafverfahren zu erscheinen und das Fliehen zu unterlassen.

Strafrechtliche Pflicht kann nur etwas sein, dessen Nichterfüllung und Verletzung mit Strafe bedroht ist, es sei denn, daß der Gesetzgeber - wie beim Leugnen - auf die Durchsetzung seines Anspruches auf Erfüllung einer dem Angeklagten obliegenden Pflicht verzichtet hat. Das ist aber bei Flucht und Nichterscheinen vor Gericht nicht der Fall.

1) Köhler, GS 61, S. 69

2) Kohlrausch, JW 1925, S. 1441

3) Eb. Schmidt, LK, § 136 Erl. 10

4) Hahn, Motive S. 702

Sie sind nicht mit Strafe bedroht.

Diesen Widerspruch zu einer Erscheinspflicht haben auch ihre Vertreter erkannt, wenn z.B. v.Kries¹⁾ ausführt:

"In unbegreiflicher Milde sieht das Gesetz eine Strafe für den Fall des ungehorsamen Ausbleibens nicht vor". Der Gesetzgeber hat aber trotzdem Mittel geschaffen, um das Erscheinen des Angeklagten zu sichern. Diese Mittel sind jedoch nicht Ausdruck einer Erscheinspflicht, sondern - wie die Untersuchungshaft - Ausdruck des Gerichtszwanges, den das Gericht auszuüben befugt ist, um die Durchführung von Strafprozessen zu garantieren. Eine darüber hinausgehende Bedeutung kommt diesen Zwangsmitteln nicht zu.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß der Angeklagte zum Erscheinen vor Gericht nicht verpflichtet ist. Sein Nichterscheinen und seine Flucht sind nicht strafbar.

III. Selbstbegünstigung.

Dieses Ergebnis stimmt auch mit der Straffreiheit der Selbstbegünstigung, die der Gesetzgeber - wie ausgeführt - von § 257 StGB ausgenommen hat, überein. Die Flucht des Angeklagten ist das einfachste und meistens wirksamste Mittel, sich der Bestrafung zu entziehen.

C. Berücksichtigung bei der Strafzumessung.

Der Flucht und dem Nichterscheinen des Angeklagten als prozessualen Verhaltensweisen werden von der Literatur im Rahmen der Strafzumessung nicht die gleiche Beachtung geschenkt wie z.B. dem Geständnis und dem Leugnen des Angeklagten.

I. Vertretene Auffassungen.

Es gibt daher nur wenige Literaturstellen, die sich mit der Flucht des Angeklagten als Strafzumessungsgrund

1) v.Kries, § 31 III

beschäftigen. Die zu diesem Punkt vertretenen Auffassungen sind zudem noch geteilt.

1. Nagler¹⁾ vertritt die Auffassung, daß die Flucht des Angeklagten dann zu seinen Ungunsten bewertet werden dürfe, wenn sie sich als ein Mißbrauch des Verteidigungsrechtes darstelle. Er beruft sich auf die oben angeführte Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichtes zum Leugnen und will die dort für das Leugnen ausgesprochenen Grundsätze auch auf die Flucht des Angeklagten anwenden. Kallmann²⁾ hält eine höhere Strafe im Falle der Flucht für gerechtfertigt, soweit bei der Flucht "ein besonderes verbrecherisches Raffinement an den Tag gelegt wurde". "Die sittliche Beurteilung der Tat" werde durch dieses Verhalten beeinflusst.
2. Nach Jagusch³⁾ muß die Flucht des Angeklagten nach denselben Grundsätzen bewertet werden wie sein Geständnis und sein Leugnen. Das bedeutet, die Flucht als solche darf das Strafmaß nicht beeinflussen. Sie kann jedoch im Einzelfall als Indiz für die Tatschuld gewertet werden, damit unter Umständen Indiz für ein hohes Schuldmaß sein und eine höhere Strafe rechtfertigen.
3. Maurach⁴⁾ dagegen hält eine straferschwerende Wertung der Flucht bei der Strafzumessung grundsätzlich für unzulässig.

II. Stellungnahme.

1. Der Auffassung von Maurach muß zugestimmt werden. Die Auffassung von Nagler kann schon aus denselben Gründen nicht für zutreffend erachtet werden, die bereits beim Leugnen gegen die Wertung einer Handlungsweise des Ange-

1) Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh. IV 5

2) Kallmann, Gltd. A. 54, S. 233

3) Jagusch, LK Vorbem. § 13 B VI b

4) Maurach, AT, § 63 II B 3 a dd

klagten "als Mißbrauch des Verteidigungsrechtes" geltend gemacht wurden. Nach den allgemein für das Prozeßverhalten des Angeklagten bei der Strafzumessung entwickelten Grundsätzen käme eine Verwertung der Flucht nur als Schuldindiz in Frage, wie Jagusch auch anführt. Danach könnte die Flucht des Angeklagten dann strafferhöhend wirken, wenn sie Indiz für eine hohe Tatschuld ist. Der von Kallmann gebrauchte Anknüpfungspunkt der "sittlichen Beurteilung der Tat" tendiert zwar in diese Richtung, ist aber zu allgemein gefaßt.

Aber auch eine Verwertung der Flucht und des Nichterscheinens des Angeklagten als Schuldindiz bei der Strafzumessung setzt voraus, daß es sich bei der Flucht um eine verwertbare Strafzumessungstatsache handelt. Das muß jedoch verneint werden.

2. Flucht und Nichterscheinen sind prozessuale Verhaltensweisen, die auf Grund der Stellung des Angeklagten im Prozeß bei der Strafzumessung unverwertbar sind.

a) Es wurde bereits festgestellt, daß der Angeklagte keine Pflicht hat, vor dem Gericht oder den Strafverfolgungsbehörden zu erscheinen. Wenn er flieht, handelt er nicht rechtswidrig und darf für sein Handeln nicht bestraft werden. Es muß daher ein Recht des Angeklagten zu fliehen und sich dem Strafverfahren zu entziehen, anerkannt werden.

Dieses Recht ergibt sich aus der Stellung des Angeklagten im Prozeß. Da der Angeklagte nicht verpflichtet ist, dem Gericht den Schuldbeweis zu erleichtern und zu seiner Überführung mitzuwirken, kann er auch nicht verpflichtet sein, das Fliehen zu unterlassen. Anderenfalls würde man von ihm verlangen, daß er dem Gericht den Schuldbeweis und seine Überführung insofern erleichtert, als er sich dem Strafverfahren stellt und damit - außer in den Fällen der §§ 232, 233 StPO - seine Verurteilung ermöglicht und auch insofern erleichtert, als seine Identität mit dem Täter der zur Aburteilung stehenden Tat durch Augenzeugen festgestellt werden kann.

Dieses Recht des Angeklagten ist jedoch von seinem Aussageverweigerungsrecht und dem darauf beruhenden Geständnisverweigerungsrecht verschieden.

Wie ausgeführt, hat der Gesetzgeber dem Angeklagten sein Aussageverweigerungsrecht in § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ausdrücklich eingeräumt. Das ist bei der Flucht nicht der Fall. Es gibt keine Vorschrift im Gesetz, die dem Angeklagten ausdrücklich das Recht zu fliehen einräumt.

Weiter darf im Falle der Aussage- und Geständnisverweigerung auf den Angeklagten kein Druck ausgeübt werden, der ihn daran hindern könnte, von seinem Recht Gebrauch zu machen. Eine dem § 343 StGB entsprechende Sanktion für die zwangsweise Hinderung an der Ausübung des Rechtes gibt es für die Flucht nicht. Vielmehr hat der Gesetzgeber in den Vorschriften über Vorführung und Haftbefehl ausdrücklich Maßnahmen aufgestellt, die den Angeklagten an der Flucht hindern sollen. Das Recht zu fliehen wird damit durch die gesetzlichen Maßnahmen des Gerichtszwanges eingeschränkt. Auf Grund dieses Gerichtszwanges muß der Angeklagte Beeinträchtigungen in Kauf nehmen, so daß sich hier nicht - wie beim Aussageverweigerungsrecht - eine Verwertung bei der Strafzumessung schon deshalb verbietet, weil dem Angeklagten aus dem Gebrauch eines Rechtes überhaupt keine Nachteile erwachsen dürfen.

b) Trotzdem darf die Flucht des Angeklagten nicht bei der Strafzumessung verwertet werden.

aa) Dafür spricht - trotz der oben gemachten Einschränkungen -, daß es sich bei der Flucht des Angeklagten um ein Verhalten handelt, zu dem er berechtigt ist.

Die vom Gesetzgeber eingeräumten Zwangsmittel, die ihn an der Flucht hindern sollen, stellen keine Bestrafung dieses Verhaltens dar. Eine Verwertung als Schuldindiz würde dagegen im Falle einer strafferhöhenden Auswirkung von dem Angeklagten als ein Nachteil empfunden werden, der einer Bestrafung gleichkommt.

bb) Entscheidend für die Nichtverwertung ist jedoch, daß der Gesetzgeber Flucht und Nichterscheinen nicht mit Strafe bedroht hat.

Eine Bestrafung - in Form von Ordnungsstrafe, Haft und Verurteilung in die verursachten Kosten - wäre hier ebenso wie bei Zeugen, für die sie durch § 51 StPO ausgesprochen ist, möglich und naheliegend gewesen.

Daraus, daß der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, vielmehr die Folgen dieser Verhaltensweisen anderweitig im Gesetz geregelt hat, muß daher geschlossen werden, daß er nicht nur eine Bestrafung dieses Verhaltens nicht erlauben wollte, sondern auch festlegen wollte, daß den Angeklagten keine anderen als die gesetzlichen Folgen treffen sollen. Damit verbietet sich auch eine Verwertung als Schuldindiz mit der möglichen Folge einer Straferhöhung.

Flucht und Nichterscheinen sind daher nicht verwertbare Strafzumessungstatsachen. Der Richter darf sie bei der Strafzumessung nicht berücksichtigen. Sie können daher auch niemals strafferhöhend wirken.

§ 5 Das ungebührliche Verhalten des Angeklagten vor Gericht.

A. Allgemeines

I. Definition der "Ungebühr".

"Ungebühr" ist nach der herrschenden Meinung ein Angriff auf die Würde des Gerichtes oder die Ruhe und Ordnung in der Verhandlung¹⁾. Es muß eine nicht unerhebliche Achtungsverletzung dem Gericht gegenüber vorliegen²⁾. Der Eintritt eines bestimmten Erfolges ist nicht notwendig³⁾.

1) Schäfer, L-R. § 178 GVG 2 a; Schwarz, StPO § 178 GVG 2 A; Wieczorek, § 178 GVG B I.

2) OLG Hamm, Rechtspfl. 1951, S.135

3) Schäfer, L-R. § 178 GVG 2 a .

II. Beispiele für Ungebühr vor Gericht.

Als Beispiele für Ungebühr werden von Literatur und Rechtsprechung angeführt: Beleidigung des Richters¹⁾, grobe Beleidigungen der Gegenpartei oder eines Zeugen - z.B. der Vorwurf der Lüge und des Meineides - können Ungebühr sein, wenn sie nach den Umständen geeignet sind, die Würde des Gerichtes zu verletzen²⁾. Ebenso das Erscheinen vor Gericht in anstößiger Kleidung³⁾, in betrunkenem Zustand⁴⁾, die wiederholte Weigerung eines Angeklagten, seinen Platz auf der Anklagebank einzunehmen⁵⁾, ebenso das Dazwischenreden trotz wiederholter Ermahnung⁶⁾, Tätlichkeiten gegenüber der Gegenpartei und Zeugen⁷⁾.

Dagegen werden nicht als Ungebühr angesehen: Das eigenmächtige Verlassen des Sitzungssaales⁸⁾, Nichterscheinen trotz gerichtlicher Anordnung⁹⁾, Fixieren des Richters¹⁰⁾, der Vorwurf des Angeklagten, der das Vorgehen der Polizeibehörden gegen ihn als "Schikane" bezeichnet¹¹⁾.

Kritik am Urteil stellt sich nicht ohne weiteres als Ungebühr dar, so nicht die Ankündigung des Angeklagten, er werde gegen das Urteil ein Rechtsmittel einlegen; anders wenn er in unangemessenem Ton seine Verurteilung als Justizirrtum bezeichnet, die er sich nicht gefallen lassen werde¹²⁾.

B. Gesetzliche Regelung.

Vorschriften der §§ 176 ff. GVG.

Die gesetzlichen Vorschriften über Ungebühr vor Gericht befinden sich im Gerichtsverfassungsgesetz im 14. Titel,

1) Schwarz, StPO § 178 GVG 2 A

2) Schäfer, L-R. § 178 GVG 2 b; OLG Darmstadt, JW 1935, S.2073; OLG Hamburg, Goltd.A.72, S.235 f.

3) Wieczorek, § 178 GVG B I a; BayObLG JW 1930, S.3431

4) OLG Stuttgart, HRR 1932 Nr.364

5) BayObLG, Recht 1931 Nr.373

6) Schäfer, L-R. § 178 GVG C

7) Schäfer, L-R. § 178 GVG 2 b

8) OLG München MDR 1956, S.503

9) Wieczorek, § 178 GVG B I b

11) BayObLG DJZ 1933, S.1380

10) Schäfer, L-R. § 178 GVG C

12) OLG Hamm, Rechtspfl.
1951, S.135

der die Überschrift "Öffentlichkeit und Sitzungspolizei" trägt.

In § 176 GVG ist geregelt, daß die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung dem Vorsitzenden obliegt. Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht beteiligte Personen, die den zur Aufrechterhaltung der Ordnung erlassenen Befehle nicht gehorchen, können auf Beschluß des Gerichtes aus dem Sitzungszimmer entfernt und auch zur Haft, die 24 Stunden nicht übersteigen darf, abgeführt werden, § 177 GVG. Machen die gleichen Personen sich einer Ungebühr vor Gericht schuldig, so kann das Gericht gegen sie, vorbehaltlich der strafgerichtlichen Verfolgung, eine Ordnungsstrafe in Geld oder bis zu 3 Tagen Haft festsetzen und sofort vollstrecken lassen, § 178 GVG. Die gleichen Befugnisse hat auch der einzelne Richter bei der Vornahme von Amtshandlungen außerhalb der Sitzung, § 180 GVG.

II. Vorschrift des § 178 GVG im einzelnen.

Die Folgen der Ungebühr vor Gericht sind also in § 178 GVG geregelt.

1. Eine Regelung der Voraussetzungen enthält das Gesetz jedoch nicht.

Über die Definition der Ungebühr in dem oben angeführten Sinne herrscht jedoch Einigkeit, wenn auch im Einzelfall streitig sein kann, ob ein Verhalten eine nicht unerhebliche Achtungsverletzung des Gerichtes darstellt.

Streitig ist aber, ob Ungebühr Vorsatz des Handelnden voraussetzt oder ob Fahrlässigkeit genügt. Teils wird angenommen, daß Ungebühr Vorsatz voraussetzt¹⁾, teils wird vorsätzliches Handeln - mag es auch die Regel bilden - für nicht erforderlich gehalten²⁾.

1) Wieczorek, § 178 GVG B; OLG München HRR 1937 Nr.186; OLG Darmstadt, JW 1934, S.705

2) Schäfer, L-R. § 178 GVG 2 a; OLG Darmstadt, JW 1935, S.2073; OLG Hamm, Rechtspfl. 1951, S.135; OLG Dresden, JW 1919, S.1001

2. Folgen der Ungebühr sind nach § 178 GVG Ordnungsstrafen in Geld oder Haft bis zu 3 Tagen, vorbehaltlich strafgerichtlicher Verfolgung, wenn die Ungebühr einen Straftatbestand erfüllt.

Es ist also möglich, daß eine Handlung vor Gericht, die sich sowohl als Ungebühr wie auch als eine strafbare Handlung darstellt, eine Ordnungs- bzw. Haftstrafe und eine Kriminalstrafe nach sich zieht. Diese Regelung verstößt nicht gegen den Grundsatz "ne bis in idem", wie er heute in der Praxis verstanden wird, da hiernach nur die Verhängung zweier Kriminalstrafen einer strafbaren Handlung wegen als unzulässig angesehen wird¹⁾.

C. Berücksichtigung bei der Strafzumessung durch Rechtsprechung und Literatur.

I. Ungebühr als Verfahrenstatsache.

Die herrschende Meinung steht auf dem Standpunkt, daß ungebührliches Verhalten des Angeklagten in der Hauptverhandlung als Verfahrenstatsache keinen Einfluß auf die Strafzumessung haben darf²⁾. Insbesondere wird eine Strafschärfung nur deswegen, weil der Angeklagte sich in der Hauptverhandlung ungebührlich verhalten hat, abgelehnt³⁾.

II. Ungebühr als Schuldindiz.

Ob das ungebührliche Verhalten des Angeklagten als Schuldindiz gewertet und damit u.U. zu einer Straferhöhung führen darf, ist bestritten.

1. Eine Straferhöhung wird teilweise überhaupt abgelehnt, weil das Gesetz die Folgen des ungebührlichen Verhaltens

1) Holtkotten, BK Art. 131 Anm. 4 b; Schäfer, L-R. § 178 GVG, 3 a; Wieczorek, § 178 GVG C II

2) OLG Celle, HRR 1933 Nr. 1985; OLG Jena, JW 1926, S. 2234; Sachs, S. 96

3) Seibert, MDR 1952, S. 459; Kurnicki, DJZ 1906, S. 538

geregelt und damit andere Strafmöglichkeiten eingeräumt habe¹⁾.

2. Dagegen wird die Auffassung vertreten, daß das ungebührliche Verhalten trotzdem als Schuldindiz gewertet werden könne²⁾.

Das OLG Braunschweig³⁾ führt hierzu aus: "Da bei der Strafe auch die Persönlichkeit des Täters zu berücksichtigen ist, muß ihm sein Auftreten vor Gericht angerechnet werden".

Hülle⁴⁾ meint, unanständiges Benehmen könne Indiz für die Verbissenheit der Schuldenergie sein.

Hellwig⁵⁾ ist der Auffassung, daß freches Benehmen vor Gericht den Schluß gestatte, daß man es mit einer Person zu tun habe, deren verbrecherische Energie groß sei und deshalb auch eine entsprechende Berücksichtigung bei der Strafzumessung erfordere.

Peters⁶⁾ hält eine Berücksichtigung des ungebührlichen Verhaltens nur insofern für gerechtfertigt, als hieraus auf die Tatumstände selbst, zu denen auch die Gesinnung gehöre, geschlossen werden könne.

D. Stellungnahme.

- I. Stellungnahme zu den oben angeführten Auffassungen.

Eine Bewertung des ungebührlichen Verhaltens des Angeklagten vor Gericht als Schuldindiz, wie sie von den oben angeführten Auffassungen teilweise angestrebt wird, würde mit den Grundsätzen, die allgemein für die Bewertung des Prozeßverhaltens des Angeklagten entwickelt wurden, in

1) RMG 11,102; OLG Celle HRR 1933 Nr.1985; Schönke-Schröder, Vorbem.§ 13 VIII 5 h; Maurach,AT, § 63 II B 3 a dd; Kurnicki,DJZ 1906, S.538

2) Jagusch, LK, Vorbem.§ 13 B VI b; OLG Jena,JW 1926,S.2234

3) OLG Braunschweig, MDR 1948,S.305

4) Hülle, DRiZ 1951, S.37

5) Hellwig, DtStR 1936,S.423

6) Peters, Strafrichter, S.107

Einklang stehen. Das ungebührliche Verhalten des Angeklagten kann im Einzelfall geeignet sein, einen Schluß auf seine Persönlichkeit und damit seine Schuld zur Zeit der Tat zuzulassen. In jedem Falle könnte dieser Schluß jedoch nicht gezogen werden, wie Hellwig anzunehmen scheint, da hier die Situation, in der sich der Angeklagte in der Hauptverhandlung befindet, eine große Rolle spielen kann. Ein Angeklagter, der sich vor Gericht frech und ungebührlich benimmt, braucht deshalb noch keine besonders große verbrecherische Energie bei der Tat an den Tag gelegt zu haben. Die Ausnahmesituation der Hauptverhandlung kann ihn zu einem Verhalten veranlassen, das mit seiner Persönlichkeit in keinem Zusammenhang steht. Es ist hier besonders an die Fälle zu denken, in denen der Angeklagte im Bestreben, sich zu verteidigen, sich "im Ton vergreift".

Obwohl also im Einzelfall nicht ausgeschlossen ist, daß das ungebührliche Verhalten des Angeklagten vor Gericht ein Schuldindiz sein kann, muß doch den oben aufgeführten Meinungen, die jede Verwertung des ungebührlichen Verhaltens bei der Strafzumessung ablehnen, der Vorzug gegeben werden.

II. Ungebührliches Verhalten des Angeklagten im Prozeß als unverwertbare Strafzumessungstatsache.

Das ungebührliche Verhalten des Angeklagten vor Gericht ist eine unverwertbare Strafzumessungstatsache.

1. Es handelt sich hier jedoch nicht um ein Prozeßverhalten, das auf Grund der Stellung des Angeklagten im Prozeß bei der Strafzumessung unverwertbar ist.

Ungebührliches Verhalten vor Gericht ist kein Recht des Angeklagten. Er wird vom Gesetz weder ausdrücklich noch stillschweigend als berechtigt angesehen, sich in dieser Weise zu verhalten. Auch handelt es sich um kein ausdrücklich zugestandenes Verteidigungsmittel.

2. Das ungebührliche Verhalten des Angeklagten im Prozeß gehört jedoch zu den prozessualen Verhaltensweisen des Angeklagten, deren Verwertung bei der Strafzumessung auf Grund des Verbotes der Doppelverwertung von Strafzumessungstat-sachen unzulässig ist.

a) Das gilt zunächst für dasjenige ungebührliche Verhalten des Angeklagten, das einen Tatbestand des Strafgesetzbuches erfüllt. Der Fall liegt dann genau so wie beim Leugnen, das über seine Grenzen hinaus geht. Das prozessuale Verhalten des Angeklagten wirkt insofern strafbegründend nach dem Tatbestand des Strafgesetzes, dessen Voraussetzungen es erfüllt. Damit dürfen nach dem erweiterten Grundsatz "ne bis in idem" - wie ausgeführt - nicht nochmals nachteilige Folgen, als welche sich die Verwertung als Schuldindiz mit der möglichen Folge einer erhöhten Strafe darstellen, gezogen werden.

b) Das gleiche muß aber für das ungebührliche Verhalten des Angeklagten gelten, das keinen Tatbestand des Strafgesetzbuches erfüllt, auf das also die Formulierung in § 178 GVG "vorbehaltlich strafgerichtlicher Verfolgung" nicht zu-trifft.

Dieses Verhalten unterliegt der Vorschrift des § 178 GVG mit der Folge, daß das Gericht Ordnungsstrafen und Haft verhängen kann. Es wirkt damit auch strafbegründend, nur daß es sich hier nicht um Kriminal-, sondern Ordnungsstrafen handelt, die das Gesetz als Sanktion des einen Tatbestand erfüllenden Verhaltens vorsieht. Ordnungsstrafen sind aber - wie das Wort schon sagt - zumindest strafähnliche Maßnahmen, deren Auswirkungen auf den Betroffenen den Auswirkungen einer kriminellen Strafe insofern nahe kommen, als sie für ihn einen Nachteil bedeuten.

Da es aber - wie ausgeführt - als unzulässig angesehen werden muß, daß aus ein und demselben Verhalten im Prozeß zweimal nachteilige Folgen für den Angeklagten abgeleitet werden, also ein Verhalten, das strafbegründend - sei es auch nur "ordnungsstrafbegründend" - wirkt, nicht auch

als Schuldindiz verwertet werden darf, darf auch das ungebührliche Verhalten des Angeklagten nicht bei der Strafzumessung verwertet werden. Es ist durch die Regelung in § 178 GVG bereits "verbraucht" und damit eine unverwertbare Strafzumessungstatsache.

Der Richter darf wegen des ungebührlichen Verhaltens des Angeklagten die im Gesetz vorgesehenen Ordnungs- und Haftstrafen verhängen; bei der Strafzumessung darf er das ungebührliche Verhalten jedoch nicht berücksichtigen.

§ 6 Die Rechtsmittel einlegung durch den Angeklagten.

A. Allgemeines.

I. Rechtsmittel einlegung als prozessuales Verhalten des Angeklagten.

Es wurde bereits festgestellt, daß auch die Rechtsmittel einlegung durch den Angeklagten zu seinem prozessualen Verhalten gehört. Sie fällt in den Rahmen des Strafverfahrens, da sie vor der Rechtskraft des Urteils liegt, und gehört zum Verhalten nach der Aufdeckung der Tat. Aber auch nach der vorgenommenen inhaltlichen Begrenzung des prozessualen Verhaltens handelt es sich um ein Prozeßverhalten, da sie mit dem Strafverfahren in enger Beziehung steht und außerhalb eines Strafverfahrens nicht denkbar ist.

II. Umfang der Berücksichtigung bei der Strafzumessung durch die Lehre.

Trotzdem wird der Rechtsmittel einlegung als Strafzumessungsgrund durch die Lehre keine große Beachtung geschenkt. Die Kommentare von Löwe-Rosenberg, Kleinknecht-Müller-Reitberger, Eberhard Schmidt und der Leipziger Kommentar erwähnen die Rechtsmittel einlegung im Zusammenhang mit der Strafzumessung überhaupt nicht.

Auch in der Rechtsprechung und in den Lehrbüchern wird nur vereinzelt zu dieser Frage Stellung genommen.

B. Gesetzliche Regelung.

I. Die einzelnen Rechtsmittel.

Die Strafprozeßordnung kennt als Rechtsmittel die Beschwerde unter den Voraussetzungen der §§ 304 ff. StPO, die sofortige Beschwerde nach § 310 StPO gegen Entscheidungen, die nicht Urteile sind. Gegen Urteile gibt es die Berufung (§§ 312 ff. StPO) und die Revision (§§ 333 ff. StPO) mit den Sonderformen der Ersatzrevision (§ 334 StPO) und der Sprungrevision (§ 335 StPO).

Als "Rechtsbehelf" und nicht als Rechtsmittel wird der Einspruch im Strafbefehlsverfahren angesehen, da bei ihm der bei den Rechtsmitteln gegebene Devolutiveffekt fehlt¹⁾.

II. Rechtsmittelberechtigte.

Wer zur Einlegung von Rechtsmitteln berechtigt ist, hat das Gesetz in § 296 StPO ausdrücklich festgelegt.

Danach stehen die zulässigen Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen sowohl der Staatsanwaltschaft als dem Beschuldigten zu.

Der Rechtsbehelf des Einspruches im Strafbefehlsverfahren steht dagegen der Staatsanwaltschaft nicht, sondern dem Beschuldigten allein zu²⁾.

C. Berücksichtigung bei der Strafzumessung.

I. Rechtsprechung des BayObLG und des KG.

1. Das BayObLG hat in einer Entscheidung vom 26.9.1933³⁾ festgestellt, daß die Einlegung eines Rechtsmittels

1) Eb.Schmidt, LK S.846, § 409 Erl.12; Schäfer, L-R. § 409,4 a; Schwarz, StPO § 409 B; KMR § 409,7; Kern, § 53 A.

2) Eb.Schmidt, LK § 409 Erl.14; Schäfer, L-R. § 409,4 a; Schwarz, StPO § 409 D 2; KMR § 409,7 a; Kern, § 70 B, I 3.

3) BayObLG HRR 1933 Nr.1986

"höchstens" dann erschwerend berücksichtigt werden dürfe, wenn sie sich nach den besonderen Umständen als "verwerflicher Mißbrauch des Verteidigungsrechtes" darstelle. Die straferschwerende Verwertung der Rechtsmitteleinlegung wird damit zwar auf Ausnahmefälle eingeschränkt, aber für zulässig erachtet.

2. Das Kammergericht¹⁾ führt aus: "Die Tatsache, daß ein Beschuldigter sich eines ihm nach dem Gesetze zustehenden Rechtsbehelfes bedient, darf - abgesehen etwa von Ausnahmefällen hartnäckiger Wiederholung schon für unbegründet erklärter Rechtsmittel - niemals unter dem Gesichtspunkt der Auflehnung seines Willens gegen die Rechtsordnung, die er mit dem Gebrauche des Rechtsbehelfes gerade anruft, als Strafschärfungsgrund herangezogen werden". Das Kammergericht kommt damit zu dem gleichen Ergebnis wie das Bayerische Oberste Landesgericht. Darüber hinaus macht es die strafschärfende Verwertung in Einzelfällen von der Persönlichkeit des Täters und seiner Einstellung zur Rechtsordnung abhängig, da es bei hartnäckiger Wiederholung von Rechtsmitteln im Einzelfall den Schluß auf fehlende Unrechtseinsicht für nicht ausgeschlossen hält.

II. Auffassungen von Peters und Nagler.

Nagler²⁾ und Peters³⁾ kommen zu dem gleichen Ergebnis wie das Kammergericht.

Peters führt aus, daß derjenige, der ein Rechtsmittel einlegt, an sich nur den ihm zustehenden Anspruch auf Nachweis seines strafbaren Handelns durch das Gericht erhebt. Die Einlegung von Rechtsmitteln könne bei der Strafzumessung nur insoweit beachtet werden, als sich hieraus Schlüsse auf die Tatumstände selbst, zu denen auch die

1) KG DJZ 1925, S. 349

2) Nagler, LK Vorbem. § 13 Anh. IV 5

3) Peters, Strafrichter, S. 107

Gesinnung gehöre, ergeben könnten.

Auch Nagler führt die Nichtberücksichtigung der Rechtsmitteleinlegung bei der Strafzumessung darauf zurück, daß der Angeklagte die Erbringung des Schuldbeweises vom Gericht erwarten darf und nicht gehindert ist, seine Verteidigung nach seinem Ermessen zu führen und dabei den gesetzlichen Instanzenzug zu beanspruchen.

III. Stellungnahme.

1. Im Gegensatz zu den oben aufgeführten Meinungen muß jedoch festgestellt werden, daß die Rechtsmitteleinlegung durch den Angeklagten überhaupt nicht bei der Strafzumessung berücksichtigt werden darf.

Der Auffassung des Kammergerichtes müssen die gleichen Bedenken entgegengehalten werden, die schon wiederholt gegen die Bewertung eines Prozeßverhaltens des Angeklagten als "Mißbrauch des Verteidigungsrechtes" geltend gemacht wurden.

Aber auch eine Verwertung der Rechtsmitteleinlegung als Schuldindiz - als Anzeichen für fehlende Unrechtseinsicht, wobei wieder die Unrechtseinsicht zur Zeit der Tat entscheidend sein müßte - bei der Strafzumessung ist unzulässig.

2. Die Rechtsmitteleinlegung gehört zu den Verhaltensweisen des Angeklagten, die auf Grund seiner Stellung im Strafprozeß bei der Strafzumessung unverwertbar sind.

Im § 296 StPO hat das Gesetz den Angeklagten ausdrücklich für berechtigt erklärt, von den zulässigen Rechtsmitteln Gebrauch zu machen. Es handelt sich bei ihnen um vom Gesetz zur Verfügung gestellte Verteidigungsmittel. Wenn der Angeklagte von ihnen Gebrauch macht, handelt er nicht rechtswidrig, sondern nimmt ein ihm zustehendes Recht wahr.

Die Ausübung eines Rechtes darf - wie ausgeführt wurde - aber keinerlei Nachteile - außer evtl. gesetzlich festgelegten wie bei der Flucht - für den Berechtigten nach

sich ziehen. Deshalb ist eine Verwertung der Rechtsmitteleinlegung als Schuldindiz bei der Strafzumessung unzulässig, da anderenfalls die Möglichkeit gegeben wäre, dass Rechtsmitteleinlegung als Indiz einer hohen Schuld gewertet und damit eine höhere Strafe als gerechtfertigt angesehen werden würde, als wenn die Rechtsmitteleinlegung bei der Strafzumessung nicht verwertet worden wäre. Auf die Art, wie das Rechtsmittel eingelegt wird, ob in erkennbar aussichtsloser Weise, wiederholt, hartnäckig mit oder ohne Aussicht auf Erfolg, kann es also auch nicht ankommen.

Die Rechtsmitteleinlegung ist damit wie die Aussage- und Geständnisverweigerung, wie Flucht und ungehöriges Verhalten in der Hauptverhandlung eine unverwertbare Strafzumessungstatsache.

Der Richter darf die Rechtsmitteleinlegung bei der Strafzumessung nicht berücksichtigen.

Lebenslauf

Am 2. September 1933 wurde ich, Freya Schleutker, als Tochter des Kaufmannes Wilhelm Schleutker und seiner Ehefrau Elfriede, geb. Hellmann, in Osnabrück geboren.

Im Herbst 1939 wurde ich in die Volksschule in Osnabrück eingeschult. Im Jahre 1943 wurde ich nach Iburg, etwa 15 km von Osnabrück, evakuiert, wo ich weiter die Volksschule besuchte.

Nach Kriegsende kehrte ich nach Osnabrück zurück und besuchte ab 1945 dort die Städtische Oberschule für Mädchen, die ich am 2. März 1954 nach bestandener Reifeprüfung verließ.

Im Sommersemester 1954 begann ich mein Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Münster i. W., wo ich drei Semester studierte. Im Anschluß hieran ging ich zum Wintersemester 1955/56 für 2 Semester an die Universität in Freiburg i. Br. Vom Wintersemester 1956/57 an studierte ich an der Universität München. Dort bestand ich am 24. Juli 1958 die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 1. September 1958 bin ich als Referendarin im Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Oldenburg tätig.

